Dc VI 45

1 D 13

Misc. jurid.

1
2

David Georg Struben

Königl. Großbritannischen und Churfürstl. Braunschweig-
Lüneburgischen Vicecanzlers

Rechtliche Bedenken.

Dritter Theil.

Neueste Ausgabe.

Darmstadt, 1788.

Im Verlag der Herausgeber der besten Juristischen Werke.

Inhalt
der
Rechtlichen Bedenken
Dritten Bandes.

I. Ungrund des Simultanei, erwiesen aus denen bey Abfassung der Hildesheimischen Religions-Verträge gepflogenen Handlungen. Seite 1

II. Erläuterung des Königl. und Chur-Braunschweigischen Münz-Edicts vom 24. April 1764. 17

III. Ob das allgemeine und Teutsche Staats-Recht einem Landesherrn erlaubet, des gemeinen Bestens halber den Lauf der Justitz zu hemmen? 31

IV. Wer vom unrechtmässigen Besitzer eines andern Sache gutgläubig gekaufet, und dadurch dem wahren Eigenthümer zu selbiger wieder verholfen hat, dem ist dieser, was er dafür ausgeleget, zu ersetzen schuldig. 34

V. Die Bürgerliche Obrigkeit kann niemand ohne eine erhebliche Ursache das Bürgerrecht versagen. 36

VI. Wie fern währenden Krieges die Verjährung läufet? 37

VII. Vom Köhr-Recht. 40

VIII. Von Vertheilung des Gebrauchs der Gemeinheiten. 42

IX. Von dem Recht, Tauben zu halten. 43

X. Wenn der Schuldner weiß, daß seine Schuld jemanden verhypothecirt worden, und gleichwohl ohne dessen Vorbewust sie dem Gläubiger bezahlet, so befreyet ihn solches nicht, sondern er muß dem ohngeachtet den Creditorem hypothecarium vergnügen. 45

XI. Wider denjenigen, welcher eine ihm geschenkte Sache jemanden zu gewisser Zeit auszuantworten versprochen hat, findet nicht nur die condictoria actio, sondern auch die Reivindicatio Statt. 47

XII. Ein Gastwirth ist wegen rückständigen Kostgeldes, nach entstandenem Concurs, in die vierte Classe der Gläubiger zu setzen, und also vor den Chirographariis zu befriedigen, wenn gleich andere Gläubiger einen Arrest ausgebracht haben. 48

XIII. Wie viele Zeugen werden erfordert, um die Unrichtigkeit eines Protocolls zu erweisen? 52

XIV. Es ist zu vermuthen, daß das Näherrecht in neu erworbenen Gütern keinen Platz findet. 56

Seite.

XV. Wenn der Bestohlne sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, und das Einsteigen mit keiner besondern Verwahrheit in niedrige Häuser geschehen, so ist der Dieb nicht mit dem Tode zu bestrafen. 58

XVI. Eine Frau, welche zur zweyten Ehe vor Ablauf des Trauerjahrs schreitet, verlieret nicht, was ihr in der Ehestiftung verschrieben worden. 61

XVII. Die Exceptio non numeratæ pecuniæ mag demjenigen nicht entgegen gesetzet werden, der Kaufgeld fordert, wohl aber die Exceptio doli, und zu deren Beweis man einen Eyd deferiren. 62

XVIII. Es ist für keine Erbeinsetzung zu halten, wenn der Vater im Testament gesaget, daß ein Kind seinen Erbtheil empfangen hätte, er aber unverbunden sey abgelegte Kinder zu Erben einzusetzen. 63

XIX. Der Brautschatz, welchen der Vater seiner Tochter mitgegeben, kann er nach deren Tode nicht wieder fordern, wenn sie Kinder hinterlassen, oder davon disponiret hat. Von den Kennzeichen einer Schenkung auf den Todesfall. 65

XX. Wer auf das Remedium L. 2. C. de rescindenda venditione Verzicht gethan, kann wegen keiner Verletzung vom Kauf zurücktreten. 67

XXI. Aus dem L. Rhodia de jactu mag man kein Lucrum cessans fordern. Es schadet der Frau nicht, wenn ihr Ehemann auf eine ihre Parapherna-lien betreffende Citation ausengeblieben. 68

XXII. Die Pœnam infamiæ kann der Richter aus erheblichen Ursachen in eine andere verwandeln. 70

XXIII. Der Diebstahl des Viehes, welcher aus dem Felde geschiehet, ist nicht schwerer zu bestrafen, als wenn es aus dem Stalle weggehohlet worden. 72

XXIV. Ob wegen verübter Nothzucht die Todesstrafe erkandt werden kann, wenn nicht erhellet, daß die Immissio seminis geschehen? 73

XXV. Ob in den Grafschaften Hoya und Diepholz eine im Eigenthum erzeugte Frauensperson, wenn dieselbe an dem Ort ihres Aufenthalts einen freyen Mann heyrathen will, wider Willen genöthiget werden könne, sich frey zu kaufen? 76

XXVI. Wiefern eines Minderjährigen Schuldforderung durch die seinem Vormund geschehene Zahlung erlöschet. 77

XXVII. Von dem Widerruf des gethanen und ratificirten Bekänntnisses eines Inquisiten. 78

XXVIII. Wegen Verheimlichung der Schwangerschaft ist die Tortur nicht zu erkennen, wenn sich weder eine Verletzung an dem Körper des todten Kindes gefunden, noch zu vermuthen ist, daß solches der Verblutung halber gestorben. 80

XXIX. Von Bestrafung der Blutschande, welche ein Stiefvater mit seiner Stieftochter begangen. 82

XXX. Es mildert die Strafe des Diebstahls nicht, wenn der Bestohlne kein wahrer Eigenthümer der gestohlnen Sache gewesen. 83

Seite.

XXXI. Ein Kaufmann, der jemand Credit giebet, kann von dem ihm gebührenden Preis der Waaren nur von der Zeit an Zinsen fordern, da er den Käufer gemahnet hat. 84

XXXII. Ob derjenige, welcher Veniam ætatis erhalten, eines andern Vormund seyn kann? 86

XXXIII. Von den Zinsen über das alterum tantum, besonders denjenigen, welche ein Kirche fordert. 87

XXXIV. Ob ein erheblicher Eyd, welcher ohngefordert vor einem Richter geleistet ist, der in der Sache nicht zu erkennen hat, noch einmal geschworen werden müsse? 89

XXXV. Ob es jedesmal zum Beweis des Kindermords hinreichet, wenn sich in den Blutgefässen des todten Körpers kein Blut gefunden. 90

XXXVI. Die Lehnsfrüchte kann der ordentliche Richter einem Gläubiger des Vasallen zuerkennen, und ihn um solche zu erheben, in den Besitz des Lehns setzen. 94

XXXVII. Ob ein Denunciant zum Zeugnis zu lassen? 96

XXXVIII. Ein Fideicommiß wird dadurch nicht aufgehoben, daß die Miterben bey der Erbtheilung sich des Anspruchs an ein damit belegtes Prælegatum begeben. 97

XXXIX. Ob ein Dienstbote wegen empfangener Schläge wider seinen Brodherrn eine Injurien-Klage anstellen kann? 101

XL. Wiefern Unterobrigkeiten neue Verordnungen in Policey-Sachen machen können. 102

XLI. Ob Geldstrafen dem Landesherrlichen Fisco vorbehalten werden mögen? 103

XLII. Ob nach Ablauf eines Zahlungs-Termins der Schuldner die fällige Gelder dem Gläubiger bringen, oder dieser sie abholen lassen muß, bevorab, wenn er an einem andern Ort wohnet? 106

XLIII. Vom Verlust der Rechte durch ihren Nichtgebrauch. 108

XLIV. Wegen des zum Kauf eines Hauses und zu dessen Besserung ohne gerichtliche Ingrossation geliehenen Geldes kömt dem Gläubiger in den Städten des Fürstenthums Calenberg so wenig eine legalis hypotheca als ein Privilegium personale zu. 112

XLV. Es mildert die Strafe der Blutschande, wenn die Inquisiten hoffen können, die Erlaubnis zu erlangen, miteinander in der Ehe zu leben. 114

XLVI. Ob ein Pächter, welcher Unglücksfälle übernommen, wegen der Kriegesschäden Nachlaß begehren kann. 116

XLVII. Die adeliche Schafe sind im Fürstenthum Calenberg und denjenigen Stift-Hildesheimischen vier Aemtern, welche selbigen ehemals einverleibt gewesen, schatzfrey. 118

XLVIII. Von der Comparatione Litterarum. 118

XLIX. Ob Kinder einen Lohn für die Dienste fordern können, welche sie ihren Eltern geleistet haben. 120

Seite.

L. Von der Enterbung des Sohns eines Lehnmanns. 121

LI. Ein Kind wird ehelich zu seyn vermutbet, wenn gleich die Mutter angiebet, daß es im Ehebruch erzeuget sey. 123

LII. Ob der Verkäufer den Käufer durch die Uebergabe der verkauften Sachen zum Eigenthümer derselben machen kann, wenn sie ein anderer besitzet. 124

LIII. Mantelkinder sind von der Erbfolge in Lehngüter ausgeschlossen. 128

LIV. Den Kindern stehet nur wegen des von der Mutter und den mütterlichen Vorfahren geerbten Vermögens eine Hypotheca tacita an den Güthern ihres Vaters zu. 134

LV. Von der Bestrafung desjenigen, der mit einem Zaunpfahl jemand einen Schlag gegeben, wovon er gestorben. 135

LVI. Ob diejenige Zinsen von dem empfangenen Brautschatz conferiren müssen, denen kein Verzug beyzumessen ist? 136

LVII. Nach geendigter Pacht kann der Verpächter die verpachtete Güther eigenmächtig wieder zu sich nehmen, wenn ihm der bisherige Pächter keinen thätlichen Widerstand thut. 138

LVIII. Von stillschweigenden Verpachtungen. 141

LIX. Wer ohne Vorbehalt in schlechterer Münze, als woraus das Capital bestehet, Zinse auch Alimentgelder angenommen, dem gebühret keine bessere, es wäre dann die Annahme währenden Münzverfalls geschehen. 143

LX. Wer von den Umständen einer Sache dergestalt unterrichtet ist, daß er wahrscheinlich beurtheilen kann, ob sie geschehen oder nicht, muß das ihm darüber zugeschobene Juramentum credulitatis schwören. 148

I XI. Ob ein Dienstbote Culpam leviſſimam präſtiren muß, wenn ihn sein Herr ex L. Aquila belanget. 149

LXII. Ob derjenige, welcher eine Sache zu seinem Besten anleihet, oder zum Vortheil eines andern in Verwahrung nimmt, dieselbe bey entstehender Gefahr eher als seine eigene, zu retten schuldig ist. 151

LXIII. Eine Frau kann im Gericht ihren Mann nicht vertreten. 152

LXIV. Ob ein Flachszehende, der seit langen Jahren mit einer gewissen Quantität reinen Flachses entrichtet worden, von den Zehendpflichtigen in natura zu verabfolgen ist. 154

LXV. Der Juden Ehesachen sind von dem ordentlichen weltlichen Richter, jedoch nach ihren angenommenen Deutungen des Mosaischen Gesetzes zu entscheiden, sofern ihnen erlaubet wird, solches zu befolgen. 157

LXVI. Zwischen Christen und Juden können aussergerichtlich verbindliche Contracte geschlossen werden. 158

LXVII. Wiefern einem Juden das Zeugnis seines Glaubensgenossens zu statten kömmt. 160

LXVIII. Den jüdischen Weibern stehet im Concurs kein Vorzugs-Recht gleich den christlichen zu. 162

Seite.

LXIX. Ob ein Dienstbote, den seine Krankheit behindert, die schuldigen Dienste zu leisten, den völligen Lohn zu fordern berechtiget ist? 163

LXX. Vom Juden-Schutz. 165

LXXI. Von eines Mannes an seiner Ehefrau durch den Wurf mit einer Barte verübten Todtschlage, und der sehr unterschiedenen Meynungen der Richter, was in diesem Fall zu erkennen sey? 172

LXXII. Es ist nicht zu vermuthen, daß in Städten zu den Buden ein Hofraum gehöret. 177

LXXIII. Dem zweyten Ehegatten gebühret der Kinder erster Ehe Pflichttheil, wenn diesem gleich weniger vermachet worden. 178

LXXIV. Die Catholische geistliche Obrigkeit ist nicht befugt, Evangelischer Landesherren Catholische Unterthanen in deren Landen unmittelbar zu verabladen. 179

LXXV. Von den Schatzgefällen und Steuren in der Grafschaft Hoya. 181

LXXVI. Wer nicht in der Absicht jemanden einen Vortheil zu schaffen, sondern seines eigenen Bestens halber Schulden bezahlet hat, die einem andern abzutragen oblage, der ist von demjenigen schadlos zu halten, der dadurch bereichet worden. 183

LXXVII. Ob jemand vom Zehendherrn genöthiget werden kann, seine Zehendpflichtige Länderey zu ackern. 185

LXVIII. Ein durch Schläge und Drohungen erpressetes Testament ist nichtig, wenn gleich die Zwangsmittel einige Zeit vor derselben Errichtung gebrauchet worden. 186

LXXIX. Ein referirter Eyd wird für geleistet gehalten, wenn derjenige, welcher sich dazu erboten, durch einen Zufall behindert worden, ihn zu leisten. 187

LXXX. Der jüdische Rabbiner ist in den Chur-Braunschweigischen Landen kein willkührlicher Schiedsrichter, sondern die vor ihm von einem ihrer Nation in gewissen Sachen belangte Juden müssen sich dessen Erkänntniß unterwerfen. 188

LXXXI. Ob der Recurs von dem Rabbiner an den ordentlichen Richter des Appellaten, oder des Beklagten zu nehmen. 191

LXXXII. Zugabe zu dem *XXVII.* Bedenken, vom Widerruf des gethanen ratificirten Bekänntnisses eines Inquisiten. 191

LXXXIII. Das unbeschworne Zeugniß eines Bedienten von Dingen, die sein Amt angehen, verdienet völligen Glauben. 195

LXXXIV. Wie fern in Teutschland der Landesherren gesetzgebende Gewalt von ihren Landständen eingeschränket wird, und wer die darüber entstandene Streitigkeiten zu entscheiden hat. 196

LXXXV. Das Geld, womit ein Bruder dem andern seinen Antheil des Lehns bezahlet hat, können die Lehnsfolger nicht zurück fordern, wenn der Verkäufer keine männliche Erben hinterlässet. 204

LXXXVI. Wer eine Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten, aber behindert worden, es errichten zu lassen, ist des Erblassers Schulden aus dem seinigen zu bezahlen unverbunden. 205

LXXXVII. Vom Nachlaß des Pachtgeldes, und der Ersetzung des dem Pächter im Kriege von den Feinden verursachten Schadens. 207

Seite.

LXXXVIII. Ob der Lehnsherr ohne Zuziehung der Lehnleute in seiner eigenen Sache wider seinen Lehnmann in den Chur Braunschweigischen Landen erkennen kann. 210

LXXXIX. Der Käufer muß das unbezahlet gebliebene Kaufgeld von dem Tage der ihm geschehenen Uebergabe der gekauften Sache verzinsen, wenn er gleich nicht darum gemahnet worden. 213

XC. Es kann jemand als Zeuge bey der Errichtung eines Testaments gebrauchet werden, worin sein Bruder zum Erben eingesetzet ist. 214

XCI. Die Niederlegung einer verschlossenen Schenkung im Gericht ist keine Insinuation. 215

XCII. Diejenige, welche währenden Krieges viele Lieferungen an die Armeen gethan, sind Kaufleute, deren Bücher einen halben Beweis machen, wenn sie mit einander Handlung getrieben. 215

XCIII. Der Meyer kann ohne guthsherrliche Genehmigung die Erben ab intestato von der Succession in das Meyergut nicht ausschliessen, und es einem Fremden vermachen. 217

XCIV. Den Minderjährigen gebühren auf ihre ausgeliehene Gelder Zinsen, wenn sie gleich weder versprochen, noch die Bezahlung des Capitals gefordert worden. 217

XCV. Diejenige, denen daran gelegen, daß eine Rechnung abgeleget werde, müssen die dazu erforderte Kosten übernehmen. 218

XCVI. Ein Vormund und Rechnungsführer kann nicht nur an dem Ort, wo er die Rechnung geführet hat, sondern auch in dem Foro domicilii zu deren Ablage genöthiget werden. 219

XCVII. Das Köhrrecht stehet nicht nur den Kindern, sondern auch den Enkeln nach ihrer Eltern Tode zu. 220

XCVIII. Wegen des erhöheten Licents auf das Brodkorn ist dem Pächter vom Pachtgelde nichts zu erlassen. 221

XCIX. Ob ein Versprechen gültig, mittelst dessen der Schuldner sich anheischig gemacht hat, dem Gläubiger bessere Münze wieder zu bezahlen, als er von ihm empfangen? 222

C. Eines Bauren Wittwe, welche geraume Zeit den Genuß des Hofes gehabt, und die nach dessen Uebergabe eine Leibzucht zu geniessen hat, kann keinen Werth der Verbesserung, wohl aber ihr Eingebrachtes fordern. 223

CI. Von dem Reichsstädtischen Entscheidungs-Jahr zwischen Catholischen und Protestanten. 224

CII. Die Chur-Braunschweigische Edicte, welche die Strafen der Hausdieberey schärfen, reden von keinen Minderjährigen, die das 14. Jahr nicht zurück geleget haben. 236

CIII. Demjenigen, welcher eine im Streit befangene Sache kaufet, ist der Verkäufer zur Gewährsleistung verbunden. 237

CIV. Wem lieget der Beweis ob, zu welcher Zeit derjenige gestorben, welcher wegen seiner langen Abwesenheit für todt zu halten ist. 238

CV. Wenn der Ehemann, eines begangenen Ehebruchs halber, seine Frau nicht in Anspruch genommen hat, so sind dessen Kinder dazu unbefugt, er mag ihre Untreue erfahren haben oder nicht. 239

Seite.

CVI. Zur Beglaubigung eines Protocolls in peinlichen Sachen, ist nach den Chur-Braunschweig Lüneburgischen Rechten hinlänglich, wenn es der Notarius nach dessen Abfassung beschwöret. 240

CVII. Wer sich einem Herrn zu allerley Diensten, wozu er tüchtig, verbindlich gemachet hat, ist ein in der ersten Classe der Gläubiger zu befriedigender Liedlöhner, wenn er gleich Kostgeld empfangen, und in seines Herrn Wohnung des Nachts nicht geschlafen. 241

CVIII. Ob derjenige, so einem Kaufmann zum Behuef einer gewissen Handlung Geld geliehen, aus den dazu gehörigen Waaren und Activ-Schulden vor andern Gläubigern zu befriedigen ist. 244

CIX. Die Unwissenheit der Rechte entschuldiget die Frauenspersonen, welche etwas versäumet haben, wenn sie gleich Rechtsgelehrte zu Rath ziehen können. 246

CX. Wenn die Zeugen, welche bey der Errichtung eines Testaments gegenwärtig gewesen, zur Zeit der Eröfnung desselben, nicht mehr im Leben sind, so muß die Richtigkeit ihrer Unterschriften von den sich darin gründeten erwiesen werden. 246

CXI. Nach den Teutschen Rechten ist die von einem Minderjährigen, der keinen Vormund hat, geschehene Veräusserung seiner Güther nichtig. 247

CXII. Der Meyer muß die beste Art des versprochenen Korns dem Guthsherrn liefern, die auf dem Meyerlande gewachsen ist. 249

CXIII. Wer bisher zwey Meyerhöfe besessen, kann von keinem Richter genöthiget werden, einen fahren zu lassen, am wenigsten zur freyen Disposition des Guthsherrn. 250

CXIV. Die Rechte eines Meyers, dem adeliche freye Länderey zu Meyerrecht eingethan ist, können durch Verträge geschmälert, und der Zins erhöhet werden. 252

CXV. Von dem Recht des Guthsherrn an den in seines Meyers Hofe und auf dessen Lande befindlichen Bäumen. 253

CXVI. Von Holzgerichten. 255

CXVII. Ob wider denjenigen, welchen ein Missethäter eines Verbrechens beschuldiget, und bey seiner Angabe bis in den Tod verharret, die peinliche Frage erkandt werden mag? 259

CXVIII. Von dem Beweis der Verletzung über die Hälfte. 260

CXIX. Ein Verpächter kann das Remedium L. 2. C. de Rescindenda venditione gebrauchen, wenn er erweiset, daß ein jeder anderer für den Genuß der verpachteten Sache über die Hälfte mehr gegeben hätte. 267

CXX. Ob Lehnwaren zu entrichten sind, wenn der Erbe ein Erbenzinsguth annimmt, und seine Miterben davon ableget? 270

CXXI. Wer von einem Stiefvater seiner Stiefkinder Güther wissentlich gekaufet hat, dem kommt der L. ult. C. si major factus alienationem &c. nicht zu statten. 271

CXXII. Wenn in dem Collegio derjenigen, welche die Urtheile des Kayserl. Cammer-Gerichts revidiren sollen, eine Gleichheit der Stimmen entstehet, so hänget es von des Kaysers und Reichs Willkühr ab, welchergestalt die Sache zu entscheiden ist. 272

CXXIII. Der älteste eines Geschlechts, als Lehnträger, ist nicht befugt, ohne Genehmhaltung aller seiner Mitbelehnten, Anwartschaften auf Afterlehne zu ertheilen. 275

Inhalt der rechtlichen Bedenken III. Bandes.

Seite

CXXIV. Von dem Anerbrecht des jüngsten Kindes an der elterlichen Stelle in der Grafschaft Diepholz. 277

CXXV. Eine Geschwächte kann nur den Brautschatz fordern, welchen sie demjenigen, der sie geschwängert, zu der Zeit zubringen können, wie dieselbe befugt war zu begehren, daß er sie eheliche, oder mit Geld abfinde. 279

CXXVI. Vermöge der Chur-Braunschweigischen Landesgesetze ist der bey einer Feuersbrunst verübte Diebstahl, er sey so gering als er wolle, mit dem Tode zu bestrafen. 280

CXXVII. Von Rauch-Hühnern. 282

CXXVIII. Vom Stifthildesheimischen Erbmeyerrecht. 283

CXXIX. Wie fern Rangstreitigkeiten Justitzsachen sind. 288

CXXX. Ob Länderey, die geraume Zeit bey einem Hofe gewesen, und von welcher der Spanndienst geleistet worden, von selbigem untrennbar ist? 292

CXXXI. Ob die eheliche Geburt im Zweifel zu vermuthen? 293

CXXXII. Von der Behandlung des Weinskaufs eines Guthsherrn mit seinen Meyern. 300

CXXXIII. Vom Beweis des Näher-Rechts. 302

CXXXIV. Was durch vollgültige Münzsorten zu verstehen? 315

CXXXV. Ob wenn etwas unter der Bedingung verkaufet worden, daß, bey Verlust des auf Abschlag bezahlten Kaufgeldes, der Rest desselben zu einer bestimmten Zeit entrichtet werden solle, und dieses nicht geschiehet, mithin der Kauf rückgängig wird, das Gezahlte vom Käufer wieder gefordert werden könne. 317

CXXXVI. Welchen Beweis machen der Juden Handelsbücher wider Christen? 318

CXXXVII. Von einem aus grosser Armuth begangenen Diebstahl. 319

CXXXVIII. Wiefern Handwerker Kaufmannschaft treiben dürfen. 320

CXXXIX. Privilegien können zum Besten derjenigen, welchen sie ertheilet sind, durch Gesetze eingeschränket werden. 322

CXL. Eine ertheilte Anwartschaft und Eventual-Belehnung verhindert den Lehnsherrn nicht, in die Veräusserung des Lehns zu willigen, auch es zum Besten des Besitzers in Erbe zu verwandeln. 323

CXLI. Von der Verwandlung des Lehns in Erbe. 326

CXLII. Von den Erfordernissen des Domcapitularischen Consens in die Verwandlung eines stiftischen Lehns in ein Erbenzinsguth. 328

CXLIII. Von dem Unterschied zwischen Burgfesten, Landfolgen, und Kriegerfuhren. 332

CXLIV. Ob der Landesherr ohne erhebliche Ursachen seinen Bedienten den Abschied zu geben befugt ist? 333

CXLV. Die gemeine Aenger gehören nicht nur den Bauren, sondern auch denen in den Dörfern befindlichen herrschaftlichen Vorwerkern und adelichen Güthern. 334

CXLVI. Ob Ländereyen, wovon Korn- oder Geldzinse entrichtet werden, im Zweifel für Zins-Erbenzins-Meyer- oder Pachtgüther zu halten? 336

CXLVII. Eine Weibesperson, welche ausser der Ehe mehrmalen Unzucht getrieben, kann nur von dem ersten Stupratore Satisfaction begehren. 337

I. Bedenken.

Ungrund des Simultanei, erwiesen aus denen bey Abfassung der Hildesheimischen Religions-Verträge gepflogenen Handlungen.

§. I.

In meiner Neben-Stunden *II.* Theils *VI.* Abhandlung vermeyne ich dargethan zu haben, wie bey den Westphälischen Friedens-Tractaten sowohl von den Catholischen als Evangelischen voraus gesetzet worden, daß wenn der zwischen Churfürst Ferdinand von Cölln als Bischofen zu Hildesheim und denen Herzogen von Braunschweig und Lüneburg 1643 errichtete Religions-Receß aufgehoben würde, alsdenn kein simultaneum exercitium der Catholischen Religion in den Kirchen und Oertern des Stifts Hildesheim, mithin in ganz Teutschland, wider die Observanz des Jahrs 1624. eingeführet werden dürfe, weil die Hildesheimische Evangelische Landstände nichts Ausserordentliches, sondern nur dasjenige begehrten, was allen Evangelischen Unterthanen Catholischer Landesherren zu Gute bedungen worden, folglich, da diese Aufhebung geschehen, es dem Sinn des Friedensschlusses gemäß sey, daß den Evangelischen nicht nur ihre Kirchen zum alleinigen Gebrauch verbleiben müssen, sondern daß auch keine Einführung der Catholischer Religion an den Orten geschehen dürfe, wo sie im Entscheidungs-Jahr nicht geübet worden.

Es will behauptet werden, daß die Hildesheimische Religionsverträge eine Ausnahme der im Westphälischen Friedensschluß festgestellten Regel enthalten, mithin solcher daraus nicht zu erklären ist.

Herr ENDRES, SS. Theologiæ und U. J. Doctor, Hochfürstl. Würzburgischer Kirchen-Rath und Professor Juris Canonici, bestreitet diese Sätze in der *Dissert. de pactorum Hildesiensium in confirmanda communi Catholicorum doctrina circa simultaneum efficacia*, jedoch mit der rühmlichen Bescheidenheit,

welche gelehrten Männern anständig ist. Man hat bisher Ursach gehabt, sich über die Schreibart zu beschweren, mit welcher sowohl Catholische Rechts- als Gottesgelehrte die mit den Evangelischen obschwebende Streitigkeiten vielfältig verhandelt haben. Wenn solches aber künftig also geschiehet, wie es Herr Endres und einige andere Rechtsgelehrte seines Glaubens jüngsthin gethan, so fällt diese Beschwerde weg, und ich wünsche, daß alle Catholische und Evangelische Schriftsteller ihrem Beyspiel folgen mögen.

Herr Endres machet einen Unterschied inter Simultaneum crudum & innoxium. Durch jenes verstehet er den Mitgebrauch der Evangelischen Kirchen, durch dieses aber die Einführung des Exercitii religionis Catholicæ, mittelst Erbauung neuer Kirchen oder Kapellen, an den Orten, wo 1624. keine gewesen.

Er will behaupten I. was von mir aus den Hildesheimischen Verträgen und den Friedens-Tractaten angeführet worden, handele von dem Simultaneo crudo, dessen Einführung sich im Stift Hildesheim der Bischof aus ganz besondern Ursachen, zum Besten der Evangelischen Unterthanen, begeben habe. Hingegen wäre II. neue Kirchen zu erbauen, und die Catholische Religion an den Orten zu üben, wo es 1624 nicht geschehen, nirgend verboten.

§. II.

Besonderer Ursachen halber soll der Evangelischen Kirchen Mitgebrauch den Catholischen im Stift Hildesheim untersaget seyn.

Die Evangelische Hildesheimer haben (1) Ursach, sich darüber zu freuen, daß Herr Endres einräumet, man könne ihnen das Simultaneum crudum nicht aufdringen, und sie wären vor andern begünstiget. Er schreibet §. 22.: Argumentum illud, quod subditis Protestantibus, & Statibus Provincialibus Episcopatus Hildesiensis specialis relinqui favor, aut major præ aliis prærogativa concedi noluerit, vereor admodum, ne minus bene cum Actis Pacis Westphalicæ publicis & tractatibus præviis cohæreat. Siquidem rationes speciales non desunt ex Actis ipsis, quæ specialem favorem quoad exercitium Religionis iisdem concedi, persuadere potuissent; und §. 23. Istud igitur boni Pacis & ejusdem accelerandæ studium, & apicum idcirco Juris præteritio inducere merito poterat Status Catholicos, ut cum abrogatione Recessus Brunsuico-Hildesiensis ipsum quoque Simultaneum crudum antehac vi Pactorum vel introductum, vel stipulatum, & Lege etiam publica aut Pace eadem reliquis Statibus non interdictum, huic tamen Principi Ecclesiastico, speciali ex ratione, adimi consentirent; imgleichen §. 24.: Cum Protestantes totalem Recessus cassationem, & quidem ea intentione palam in Tractatibus manifestata, ut ipsum hoc Simultaneum crudum excluderetur, insererent; quid aliud inde erui poterit, quam specialiter & hoc voluisse abrogari? unde vel hinc haud

molestum,

moleſtum, aut evictu difficile accideret, exceptionem potius hac in clauſula cum ſuis ſaltem Tractatibus deſuper habitis collata latere, ad alias Imperii terras haud pertrahendam. Seiner §. 20. geäuſſerten Meynung nach, findet überhaupt das Simultaneum crudum unter den Catholiſchen nicht ſehr viele Vertheidiger und Patronen, keinesweges aber deswegen, weil es dem Weſtphäliſchen Friedensſchluß zuwider läuft, ſondern weil daſſelbe viele Zänkereyen und Unruhe veranlaſſet, mithin der gemeinen Wohlfahrt ungemäs iſt. Solchenfalls hänget es jedoch immer von der Willkühr der Catholiſchen Landesobrigkeit ab, ob ſie ihren Glaubensgenoſſen den Mitgebrauch der Evangeliſchen Kirchen geſtatten will. Die tägliche Erfahrung lehret, wie es, alles daher entſtehenden Unheils ohnerachtet, vielfältig geſchiehet, wenn man keinen Widerſtand fürchten darf, mithin iſt die Lehre des Herrn Endres den Evangeliſchen Hildesheimern überaus vorträglich, jedoch etwas beſonders, daß da derſelben Kirchenrechte ſonſt mehr beſtritten worden, als die Befugniſſe anderer Evangeliſchen, man ſich jetzt genöthiget ſiehet, ſelbige für beſondere Vorrechte auszugeben, welches ſowohl von dem Herrn Fürſten zu S. Emeran, als von Herrn Endres geſchehen, jedoch ohne hinlänglichen Grund, wie ich zu zeigen hoffe.

§. III.

Herr Endres führet zu deſſen Behauptung erſtlich §. 21. an, es mache der Weſtphäliſche Friedensſchluß einen Unterſchied zwiſchen denjenigen, welche 1624. ihrem wahren Landesherrn, und denen, ſo einem Pfandsinhaber unterworfen geweſen. Die letztere habe man den erſtern nicht gleich geachtet, ihnen zwar das Exercitium ihrer Religion gegönnet, jedoch nicht dergeſtalt, wie ſie im Entſcheidungs-Jahre geübet worden, ſondern die Unterthanen in den Pfandſchaften art. V. §. 25. angewieſen, über die Art und Weiſe, nach der Wiedereinlöſung, ſich mit dem Landesherrn zu vergleichen. Wenn (Herr Endres redet zweifelhaft) dieſen die Evangeliſchen Hildesheimer gleich geachtet wären, ſo hätte der Biſchof auch das Simultaneum crudum in ihren Kirchen einführen können, deſſen er ſich im Weſtphäliſchen Friedensſchluß begeben habe, um Unruhe zu vermeiden.

Es wird irrig dafür gehalten, daß ſolches deswegen geſchehen, weil das Stift 1624. ſeinem wahren Landesherrn nicht unterworfen geweſen.

Allein 1) iſt nicht abzuſehen, warum den Hildesheimern, wenn ſie vermöge des Friedensſchluſſes weniger begehren können als andere, ein mehres eingeräumet iſt. Hätte man 2) das Stift Hildesheim den wieder eingelöſeten Landen gleich geachtet, ſo wäre dieſes bey den Tractaten auſſer Zweifel geäuſſert. Die Catholiſche machten aber weder einen ſolchen Einwurf, noch begehr-

ten die Evangelische die Abstellung des Simultanei, weil man sich aus eben erwehnten Gründen weigern mögte, ihnen die Rechte anderer Evangelischen Unterthanen Catholischer Landesherren angedeihen zu lassen. Vielmehr suchten dieselbe durch die ausdrückliche Cassation des Religions-Recesses von 1643. den Zweifel zu heben, der daher entstehen mögen, daß das grössere Stift 1624. nicht unter Catholischer, sondern unter Evangelischer Obrigkeit gewesen, wie aus dem Pro Memoria des Land-Syndici Künneke in meiner Neben-Stunden *II.* Theils *VI.* Abhandlung §. 6. erhellet. Endlich 3) konnte man nicht voraussetzen, daß die Hildesheimer 1624. keinem wahren Landesherrn unterworfen gewesen, da das grössere Stift Hildesheim von dem Hause Braunschweig und Lüneburg nicht vermöge eines rechtskräftigen Erkänntnisses, sondern mittelst eines getroffenen Vergleichs dem Churfürsten Ferdinand abgetreten worden. In Gefolg des Quedlinburgischen Vertrages sollte ihm solches beständig verbleiben. Die Cammergerichtliche Urthel von 1629. cassiret zwar denselben. Im Braunschweigischen Haupt Receß entsagte aber Churfürst Ferdinand, als Bischof zu Hildesheim, samt dem Dom-Capitul den bey dem Päbstlichen Stuhl zu Rom, Kayserlichen Hofe, Kayserlichen Cammergericht, Churfürstlichen Collegio und sonst erhaltenen Processen, Decreten, Sentenzen, Denunciatorialien, Executorialien, Monitorialien, der Anno 1629. den 7ten Decembr. publicirten Urthel, item dem Beneficio restitutionis in integrum, und alle dem, was ihm zu statten kommen konnte. Der Streit wurde daher 1643, dato aliquo & retento, durch einen Transact beygeleget, und deswegen kann man nicht sagen, daß 1624. der Bischof wahrer Landesherr, und die Herzoge Usurpatores gewesen. S. dieser Rechtlichen Bedenken I. Theils 180. Bedenken.

§. IV.

Auch daß gegen Abtretung der 9 Clöster man sich des Mitgebrauchs der Evangelischen Kirchen ohne Nothwendigkeit begeben habe.

Es soll nach Herr Endres Meynung zweytens das Simultaneum crudum im Stift Hildesheim abgestellet seyn, weil die neun Clöster, welche das Haus Braunschweig 1624. besessen, den Catholischen restituiret worden.

Die Aufhebung des Religions-Recesses von 1643. bewilligten aber die Kayserliche, ehe man darauf dachte, eine Ausnahme wegen der Clöster zu machen (a). Solche konnte also jene Aufhebung unmöglich veranlassen, sondern sie geschahe vermöge des Principii generalis, daß die der Observanz des Entscheidungs-Jahr zuwiderlaufende Pacta aufgehoben werden sollten, wovon Herr Endres im §. XI. handelt, und welche Clausul anfangs alle Catholische nicht billigten. Daß, wenn es bey der Cassation verbliebe, das Simultaneum verhindert

und

und abgeschaffet würde, gestunde Adamus ADAMI (b). Diejenige Catholische, welche sich ihr widersetzten, wollten zwar die den Evanglischen Hildesheimern nur resp. auf 70 und 40 Jahr eingeräumte Religionsfreyheit ihnen beständig gönnen, hingegen aber des Simultanei Einführung und die Clöster sich vorbehalten (c), aus keiner andern Ursach, als weil es dem mit dem Hause Braunschweig errichteten Receß gemäß war (d). Daß die Forderung in dem Friedensschluß Grund hätte, kam niemand in den Sinn, sondern es war nur die Frage: Ob nicht in diesem Fall eine Ausnahme von der Regul Platz finden müsse? Die Evangelische Hildesheimer konnten daher mit keinem Schein etwas ausserordentliches fordern, so andern Evangelischen Unterthanen Catholischer Landesherren nicht gebührte. Vielmehr erregte oftbesagter Receß Schwierigkeiten, die diese nicht zu überwinden hatten, und nur solcherwegen begab man sich der Clöster, welche das Haus Braunschweig nimmer secularisiret hat, sondern die mit Evangelischen Conventualen und Closter-Jungfern besetzet waren (e), denen die Restitution geschehen müssen, wenn nicht die Evangelische, um im übrigen gleiches Recht mit andern Evangelischen Unterthanen Catholischer Landesherren zu erlangen, sie fahren lassen. Wäre des Herrn Endres Meynung gegründet, so müste der Land-Syndicus Künnecke geäussert haben, die Einführung des Simultanei sey zwar dem Friedensschluß gemäß, eben sowohl aber auch die Restitution der Clöster. Man wolle sich dieser begeben, wenn jenes dadurch verhindert werden könne. Die Friedenshandlungen enthalten aber kein Wort, woraus ein solches Erbieten gefolgert werden könnte. Vielmehr ergeben selbige, wie die Evangelische das 1643. bedungene Simultaneum, als etwas zu ihrem Nachtheil wiederrechtlich obtrudirtes, angesehen, und deswegen nicht aus politischen Ursachen, sondern nach den Regeln der Gerechtigkeit dessen Abschaffung begehret haben. Besage des Land-Syndici Künneke **Pro Memoria** in meinen Neben-Stunden d. l. §. 7. wollten sie bey dem Exercitio publico ihrer Religion geschützet seyn, ohne einige Neuerung oder Nebeneinführung der Catholischen Religion nach Ausweisung des *Instrumenti Pacis*, und keinesweges vermöge eines besondern Vertrages wegen der Clöster Restitution.

(a) MEIERN *Acta pacis Westphalicæ* T. IV.

(b) Ibid. Tom. V.

(c) Meine Neben-Stunden d. l.

(d) MEIERN d. l. Tom. IV.

(a) Meine Neben-Stunden d. l.

§. V.

Da das sogenannte Simultaneum crudum im Stift Hildesheim abgeschaffet ist, dürfen die Catholische Geistliche bey der Beerdigung ihrer Glaubensgenossen in den Evangelischen Kirchen keinen Gottesdienst halten.

Herr Endres will sich mit dem Simultaneo crudo besage §. 25. nicht lange aufhalten, weil die Hildesheimische Bischöfe es bisher nicht eingeführet haben. Er vermeynet aber, ihre Evangelische Unterthanen hätten sich darüber zu beschweren keinesweges Ursach, daß die Catholische eine Communion der Kirchhöfe begehren, weil es ihnen weniger nachtheilig sey, daß die Todte beyder Religionen an einem Ort ruhen, als daß die Lebendigen eine Kirche gebrauchen. Er thut hinzu: Idque eo magis, si eandem subditi Augustanæ Confessioni addicti eorum locorum, in quibus soli Catholici in Anno Normali possessione cœmeteriorum privative gavisi fuerant, incolæ similem a Catholicis æquitatem experiantur. Es ist jedoch im Stift Hildesheim von den Beerdigungen an sich überall keine Frage. Diese können besage Instrumenti Pacis art. V. §. 35. weder den Catholischen, noch den Evangelischen versaget werden. Aber mit solcher Befugnis begnügen sich jene nicht, sondern sie fordern, daß man ihnen die Evangelische Kirchen öfnen solle, um bey den Beerdigungen Catholischer Leichen durch ihre Geistliche den Gottesdienst darin verrichten zu können, und wenn solches nicht gutwillig geschiehet, so haben sie dieselbe vielfältig mit Gewalt eröfnet, keinesweges aber der Evangelischen Geistlichkeit in den Catholischen Kirchen eine gleiche Religionsübung verstatten wollen, daher ihnen das Kayserliche Cammergericht das Aufschlagen und Erbrechen der Evangelischen Kirchen am 9ten Jun. 1696. durch ein Mandatum S. C. verboten hat. Ist, des Herrn Endres Geständnis nach, die Einführung des Simultanei crudi im Stift Hildesheim unerlaubet, so müssen die Catholische in den Evangelischen Kirchen und auf deren Kirchhöfen ihre Religion überall nicht üben, und keine willkührliche Ausnahme von der Regul machen, die ihre Vorfahren gebilliget haben.

§. VI.

Es war vor dem Westphälischen Frieden zwischen den Catholischen und Evangelischen streitig: Ob die Declaratio Ferdinandea einem

Ich schreite nunmehro II. zu dem, obwohl nach dem bisherigen Gebrauch sehr unrichtig genannten Simultaneo innoxio fort. Herr Endres räumet in §. 26. 28. ein, es sey durch die Hildesheimische Verträge im kleinern Stift dem Bischof die Befugniß entzogen, seine Unterthanen zu nöthigen, die Catholische Religion anzunehmen, oder das Land zu verlassen. Durch den Religions-Receß von 1643. soll er aber nach Ablauf einer gewissen bestimmten Zeit diejenige Gewalt erlanget haben, welche der Religionsfriede dem Landesherren mittheilet, die Unterthanen, so nicht seines Glaubens sind, zur Emigration zu zwingen, im Westphälischen Friedensschluß den Evangelischen auch kein mehreres bedungen

seyn,

seyn, als was sie vorhin gehabt, daß nemlich denjenigen das Exercitium ihrer Religion zu gönnen, welchen es die Declaratio Ferdinandea, besondere Verträge und Privilegien, oder das Herkommen erlaubte.

Catholischen Landesherrn erlaube, seine Evangelische Unterthanen aus dem Lande zu jagen?

Ob vermöge des Religionsfriedens und der Declarationis Ferdinandeæ ein Catholischer Landesherr seine Evangelische Unterthanen vertreiben könne oder nicht? darüber wurde vor dem Westphälischen Friedensschluß gestritten, und in selbigem durch das beliebte Temperament, daß alles in den Stand zu setzen, worinn es 1624. gewesen, der Streit beygeleget. Herr Endres muß also der Catholischen Deutung nicht als ausgemacht annehmen und voraussetzen, daß der Bischof zu Hildesheim befuget gewesen, seinen Evangelischen Unterthanen die Religionsfreyheit zu versagen, sofern ihn nicht besondere Verträge daran hinderten.

§. VII.

Wer ihm solches Recht durch Verträge einräumte, der gestund nicht, daß er vermöge des Religionsfriedens dazu berechtiget sey.

Er vermeynet in §. 27. die Herzoge von Braunschweig und Lüneburg hätten der Catholischen Deutung des Religionsfriedens gebilliget, indem sie den Evangelischen Hildesheimern die Religionsfreyheit nur auf gewisse Jahre bedungen. Seine Worte hievon lauten also: Neque enim Duces Brunsuicenses adeo ignari esse poterant, ut, quæ Pax Religiosa in favorem subditorum dissentientis à Domino Religionis Lege universali decreverit, ignorarent, neque tam humiles, ut, quæ alioquin debebantur, & ad quæ Episcopus Hildesiensis Jure adigi poterat, post longas demum interpositiones, remonstrationes, & mediationes stipulatu obtinere vellent, neque subditorum quamvis alienorum, per integrum tamen sæculum & ultra ipsis subjectorum, & suæ Religionis consortium adeo incurii, ut, quod perpetua Lege deberetur, iis ad tempus duntaxat, idque perbreve obtinerent. Wenn dieser Schluß richtig ist, so haben auch die Bischöfe Burchard und Ernst der Evangelischen Deutung des Religionsfriedens gebilliget, indem sie versprochen, die Evangelische Unterthanen mit der Religion gewähren, und in dem Stande, wie sie waren, unangefochten zu lassen. Nimmer hat ein Catholischer und Evangelischer Landesherr den Unterthanen, welche nicht seines Glaubens sind, sich durch Verträge verbindlich gemachet, wenn selbiger es Umgang nehmen können, und er kein grössers Uebel dadurch abzuwenden gesuchet. Die gedachte Bischöfe befanden sich ausser Stande, der Catholischen Principia zur Uebung zu bringen, in einem kleinen Lande, welches mit mächtiger Evangelischer Fürsten Landen umgeben war, die ihre Glaubensgenossen nicht unterdrücken liessen, wie aus dieser Rechtlichen Bedenken *I.* Theils

97. Bedenken §. 4. 5. auch meiner Nebenstunden *II* Theils *VI*. Abhandlung §. 4. erhellet. Deswegen begaben dieselbe sich einer Forderung, die sie zu behaupten ausser Stande waren, und erlangten dadurch den ruhigen Besitz des Stifts. Die Herzoge von Braunschweig und Lüneburg sahen sich aber genöthiget, währenden 30jährigen Krieges, so gut sie konnten, einen Vergleich zu treffen, weil die Würfel noch auf dem Tisch lagen, und sie übel gefahren wären, wenn der Kayser die Kräfte erlanget hätte, das Cammergerichtliche Urthel zu vollstrecken. Es fiel auch in die Augen, daß selbige den Evangelischen Unterthanen nichts vergeben konnten, mithin deren Wohl und Weh von dem Ausgang des Krieges, und keineswegs von dem Receß de 1643. abhinge. Nimmer hätten die Catholische ihr angemassetes Jus reformandi einschränken lassen, dafern sie es vermeiden können, und man sahe leicht voraus, daß wenn die Schwedische Waffen die Oberhand bekämen, Schweden und die Evangelische Reichsstände nicht zugeben würden, daß man der Unterthanen ihres Glaubens Kirchenrechte mittelst eines Vertrages schmälerte, in welchen sie nimmer gewilliget hatten.

§. VIII.

Der Westphälische Friede theilet den Evangelischen mehrere Rechte mit, als der Religions-Friede.

Herr Endres wirfet §. 28. ein, es wäre der Westphälische Friedensschluß eine Declaratoria des Religionsfriedens. Da selbiger nur verbiete, einige Unterthanen der Religion halber zu verjagen, so erlaube er dem Landesherrn, seine Religion einzuführen, weil eine nova limitatio strictæ interpretationis sey. Ich habe aber wider den Fürsten von St. Emmeran in der Entdeckten Verdrehung des Westphälischen Friedensschlusses §. 2. dargethan, wie keineswegs bey den Westphälischen Friedens-Tractaten die Evangelische nur dasjenige begehret haben, was ihnen vermöge des Religionsfriedens gebühret, sondern daß sie ihre Kirchenrechte in mehrere Sicherheit zu setzen, und zu erweitern gesuchet. Vor solcher Zeit konnte selten die Frage von der Einführung des Catholischen Exercitii neben den Evangelischen entstehen, da man Catholischer Seits berechtiget zu seyn vermeynte, das leztere ganz abzuschaffen. Nur an den Orten, wo dieses verstattet werden mußte, redete man vom Simultaneo. Nachdem aber die Catholische geschehen lassen, daß im Westphälischen Friedensschluß dem Juri reformandi enge Schranken gesetzet worden, so suchten dieselbe durch Einführung des Coexercitii ihrer Religion, was sie nachgegeben, zum Theil wieder zu erlangen, welcher Unternehmung die Evangelische sofort widersprachen.

Wenn, wie in §. 29. eingeworfen wird, der Annus decretorius ein Surrogatum der Declarationis Ferdinandeæ ist, und jener den Evangelischen kein

mehreres

mehreres Recht, als dieſe mittheilet, warum hat man es denn nicht bey ſelbiger gelaſſen? Es war unmöglich, eine der ſtreitenden Partheyen zu bewegen, der andern Principia zu billigen, weil die Entſcheidung der Streitfragen zum Theil von den unterſchiedenen Glaubenslehren abhienge, welchen zuwider zu handeln man ſich ein Gewiſſen machte. Die Catholiſche wollten ſo wenig den Ungrund ihrer Hierarchie erkennen, und der Geiſtlichkeit vermeynten Recht wider die Ketzer, als Miſſethäter, zu verfahren, gänzlich entſagen, wie die Evangeliſche ſich der Catholiſchen Cleriſey unterwerfen, und den Gewiſſenszwang billigen. Es blieb daher nichts übrig, als daß man die ſtreitige Fragen bis zur gütlichen Vereinigung unentſchieden lieſſe, und nur beſtimmte, wie es bis dahin gehalten werden ſollte. Deſſen Nothwendigkeit begrif ein jeder bald, und man konnte ſich nur lange darüber nicht vereinigen, welches das Entſcheidungs-Jahr ſeyn ſollte. Es geſchahe jedoch endlich, und wurde beliebet, alles in den Stand zu ſetzen, worin es 1624. geweſen. Die wegen des Stifts Hildesheim gepflogene Tractaten erweiſen, daß nicht nur der alleinige Gebrauch der Kirchen, ſondern das alleinige öffentliche Exercitium der Religion denjenigen verbleiben ſollen, die ſolches damals an einem Ort gehabt.

§. IX.

Hierwider wendet Herr Endres §. 30. ein, der Hildesheimiſche Land-Syndicus Künneke handele in ſeinen übergebenen Schriften nur de retentione exercitii ſubditorum, aut reſtitutione ejusdem non retenti facienda. Wenn er ſolche verlange, ohne einige Neuerung und Nebeneinführung der Catholiſchen Religion, ſo rede ſelbiger von derjenigen, welche vermöge Receſſus de 1643. geſchehen war und geſchehen konnte, mithin von dem Simultaneo crudo.

Die Evangeliſche verſtunden durch das Simultaneum nicht nur den Mitgebrauch ihrer Kirchen, ſondern auch das ſogenannte Innoxium, und wollten eine Nebeneinführung der Catholiſchen Religion an den Orten des Stifts Hildesheim keinesweges geſchehen laſſen, allwo ſie im Entſcheidungs-Jahr nicht geübet worden.

Allein er verlangte die Handhabung der Evangeliſchen Religion ohne einige Neuerung oder Nebeneinführung der Catholiſchen Religion, zumalen auch bey den Kirchen, Schulen, Clöſtern, Hoſpitalien und andern nach Ausweiſe des Inſtrumenti pacis. Nun iſt es eine bekannte regula interpretandi, particulam *maxime* præſertim junctam particulæ *etiam* eſſe implicativam, & exprimere caſum minus dubitabilem includendo magis dubitabilem (a). Die teutſche Worte, zumal auch, bedeuten eben ſo viel als *maxime etiam*, daher das Geſuch keinesweges auf die Kirchen einzuſchränken, ſondern es wird der Nebeneinführung der Catholiſchen Religion überhaupt, inſonderheit aber dawider geſprochen, daß den Catholiſchen ein Mitgebrauch der Evangeliſchen Kirchen verſtattet werde. Man hätte eine Sache zweymal geſaget, wenn nichts als der alleinige Gebrauch der Kirchen, Schulen, Clöſter und Hoſpitalien begehret wäre.

In dem jüngern lateiniſchen Aufſatz bemerket der Land-Syndicus eben auch, wenn der Receß von 1643. nicht aufgehoben würde, tunc remanere obtruſum illud ſimultaneum Catholicæ & A. C. exercitium *in illis locis ac templis*, ubi antea non fuit uſitatum. S. meiner Neben-Stunden *II.* Theil §. *VII.* Man wollte es alſo weder in locis, noch in templis zulaſſen.

Herr Endres ſchreibet §. 35.: Siquidem nomine Simultanei in *locis ac templis* hoc unum venire potuit, cum loca non generalia, ſed ſpecialia, ut Templa, Monaſteria, Hoſpitalia, Collegia &c. intellexerit; imo & de locis generalibus, urbibus, oppidis & pagis intelligendo, conjunctiva tamen ſive copulativa ejusdem locutio per particulas in locis ac templis expreſſa ad ſui verificationem utrumque requirit. Simultaneum enim innoxium, quod hodie paſſim ita vocari ſolet, introductionem Religionis in iisdem tantum locis generalibus, urbibus, oppidis denotat, & in eo a Simultaneo crudo ſeſe contradiſtinguit, quod hoc ejusdem introductionem in iisdem locis ſpecialibus ſive templis, ſimul & copulative importet. Auch dieſe Deutung läufet aber den Regeln der Auslegung zuwider, da die particula & copulativa iſt, quæ ſtat ampliative (b). Daß Templa in locis ſind, weiß ein jeder. Warum geſchahe denn der Locorum Meldung, wenn dadurch nichts anderes als die Kirchen angezeiget werden ſollen? Weil das ſogenannte Simultaneum innoxium eine Einführung der Religion in locis generalibus bedeutet, ſo hat man eben dadurch beide Arten ausſchlieſſen wollen, daß dem Simultaneo in locis & templis widerſprochen iſt.

(a) STRAUCH *in Lexico particularum Juris* Voc. *maxime* KLEIN *de præſumta Donatione* c. 2. n. 66. 67. BOEHMER Tom. III. Part. I. Reſp. 154. n. 91.

(b) ZEPPER *Cynoſur. legal.* c. 15. n. 11.

§. X.

Die Evangeliſche Hildesheimer erhielten durch den Weſtphäliſchen Frieden nicht nur was ihnen der Receß von

Beſage des §. 36. ſoll Churfürſt Ferdinand nicht darauf gedacht haben neue Kirchen zu erbauen, da er erwartete, nach dem Ablauf der reſp. 40 und 70 Jahr der Evangeliſchen Kirchen habhaft zu werden, folglich im Receß von 1643. von der Erbauung neuer Kirchen gar nicht gehandelt ſeyn, und alſo auch deſſen Aufhebung den Verluſt dieſes Rechts keinesweges mit ſich führen.

Nun glaube ich gern, daß beſagter Herr 1643. für unnöthig gehalten, die Befugniß, ſolche Kirchen zu erbauen, ſich zu bedingen. Aber 1648. hatte

er

er Ursach sie zu begehren, als die Hofnung hinwegfiele, auf andere Weise die Catholische Religion im ganzen Stift Hildesheim einzuführen, da, nach des Herrn Endres Geständniß, das Simultaneum crudum abgeschaffet war. Es ist, dem bereits angeführten nach, irrig, daß die Evangelische Hildesheimer durch den Westphälischen Frieden nur erhalten, was ihnen der Religions-Receß von 1643. entzogen hatte. Vielmehr musten die Catholische geschehen lassen, daß ihre Kirchen wieder in den Stand gesetzet wurden, worin sie 1624. gewesen.

1643. genommen, sondern alle Kirchenrechte, deren sie 1624 genossen.

§. XI.

Der Braunschweig-Calenbergische Gesandte Lampadius, welchen Grotius virum prudentem, bonum, & eruditum nennet (a), berichtete seinem Herrn, es wäre den Catholischen remonstriret, daß man die 9 Clöster aus dem Termino anni 1624. eximiren lassen, damit die Unterthanen des Stifts Hildesheim in ihren Kirchen ohne Eintrag verbleiben mögten; das simultaneum exercitium sey daselbst nicht aufgehoben, sondern die wenige Catholische Unterthanen, so etwa vorhanden seyn mögten, könnten ihr Exercitium in den abgetretenen Clöstern überflüssig haben; imgleichen der Braunschweig-Wolfenbüttelsche Gesandte Colerus: Es hätten die Catholische innerhalb der Stadt an 5 Orten, und ausserhalb, ausser andern Catholischen Kirchen, in 9 Clöstern das Exercitium religionis, und bedürften deswegen des Simultanei nicht (b).

Indem die Catholische dem Mitgebrauch der Evangelischen Kirchen entsaget, haben sie sich die Einführung ihrer Religion in neu erbaueten Kirchen keinweges vorbehalten.

Herr Endres stehet §. 37. 38. 39. 40. in den Gedanken, hieraus erhelle, daß die Evangelische nur begehret haben, man solle ihnen ihre Kirchen ohne Schmählerung lassen. Durch das Simultaneum verstehe Colerus das crudum. Lampadius scheine zwar das sogenannte innoxium darunter mit zu begreifen. Er schliesse jedoch das Catholische Exercitium in den neu erbauenden Kirchen nicht aus, sondern nur in den bereits erbaueten.

Nun verstunde man allerdings durch das Simultaneum mehrentheils das Crudum, weil, da, obangeführtem nach, Catholischer Seits vor den Westphälischen Frieden noch ein mehreres als das Coexercitium behauptet werden wollte, von der Erbauung neuer Kirchen selten die Frage entstunde. Herr Endres räumet jedoch ein, daß Lampadius dem Worte einen weitläuftigern Verstand beygeleget hat, und es folget keineswegens: Man vermogte die Catholische, sich des Anspruchs zu begeben, welchen sie an den Mitgebrauch der Evangelischen Kirchen machten E. wurde ihnen das Coexercitium in den von selbigen neu erbaueten Kirchen verstattet. Dessen Gegentheil erhellet aus demjenigen, was im §. IX. gesaget worden. Ich bemerke in den Neben-Stunden *d. l. §. X.* es

habe Lampadius angeführet, daß die Catholische mehrere Kirchen im Stift Hildesheim hätten, als deren sie benöthiget wären; daß man aber dieses Behelfs nicht bedurft, wenn von den handelnden Theilen vorausgesetzet worden, es könne der Catholische Landesherr neue Catholische Kirchen an den Orten bauen, wo 1624. keine gewesen. Alsdenn hätte man den Gegnern vorgehalten, es sey die Frage von keiner grossen Wichtigkeit, und betreffe nicht sowohl die Religion, als den Beutel, woher nemlich die zu Erbauung neuer Catholischer Kirchen nöthige Kosten zu nehmen? Hierauf antwortet Herr Endres §. 40: De sumtibus hisce propter majorem numerum Catholicorum subditorum aliquando sperandum necessariis futuris exceptionem facere supervacaneum fuerat; cum hæc ipsa liberalitatis ex suo subditis præstandæ libertas extra contradictionem posita fuerit, ejusdem vero necessitas abrogationis Simultanei crudi, quale in Recessu intelligebatur, necessaria sequela fuerit. Allein ich sage keinesweges, daß man die Frage aufwerfen sollen, woher die Kosten zur Erbauung neuer Catholischer Kirchen zu nehmen, sondern daß Lampadius das Simultaneum nicht auf die schon vorher erbauete Kirchen eingeschränket, sondern vielmehr eingewandt hätte, wenn die Catholische dermahleins mehrere Kirchen bedürften, so könnten sie selbige bauen, wenn er solches für erlaubet gehalten. Wie Herr Endres diesen neuen Bau für eine nothwendige Folge des abgeschaften Simultanei crudi ausgeben könne, begreife ich nicht, da von einem Evangelischen Lande die Rede war, worin die wenige Catholische Einwohner überflüssig mit Kirchen versehen waren. Alles andere Coexercitium untersagte der Friedensschluß, indem er feststellete, daß alles in den Stand gesetzet werden solle, worin es 1624. gewesen. Daß die Evangelische der Einführung des sogenannten Simultanei innoxii keinen Buchstaben entgegen setzten, wie Herr Endres §. 39. einwirft, rühret daher, weil die Catholische sich mit keinen Buchstaben desselben anmasseten. Er vermeynet, ein Herr pflege sich seines Rechts nicht zu begeben, ubi cum subditis res agitur, & Principum in manu negotium est. Man hatte es aber nicht nur mit Unterthanen, sondern mit der Cron Schweden und den Evangelischen Reichsständen hauptsächlich zu thun, welche ihren Catholischen Landesherrn unterworfenen Glaubensgenossen die Religionsfreyheit und wichtige Kirchenrechte ausdingen wollten, auch im Stande waren, solchen Forderungen Nachdruck zu geben, daher es keinesweges von des Bischofs Willkühr abhienge, seinen Evangelischen Unterthanen wenig oder viel einzuräumen.

(a) Herr von Mosers Belustigungen Tom. V.

(b) Meiner Neben-Stunden II. Theils VI. Abhandlung §. 7.

§. XII.

§. XII.

Von der Hildesheimischen Capuciner-Sache.

Zur Vertheidigung des die Hildesheimische Capuciner-Sache betreffenden Volmarschen Schreibens wird von Herr Endres §. 41. angeführet, 1) die Evangelische Gesandten und auch die Braunschweig-Lüneburgische hätten in der Conferenz zu Lengerich eingeräumet, daß ein Landesherr seinen Catholischen oder Evangelischen Unterthanen das publicum exercitium religionis verstatten könne. Es äussere 2) der Braunschweig-Wolfenbüttelsche Gesandte Colerus in der abgestatteten Relation seine Meynung von der Hildesheimischen Capuciner-Sache nicht, sondern melden nur, was die mehreste Evangelische Reichsstände davon gedächten, mithin wären 3) diese nicht einerley Meynung gewesen. Da auch 4) die Capuciner würklich restituiret worden, so müsse solches mehrere Kraft haben, als daß die Schweden diese Sache in die Liste der Restituendorum gesetzet.

Allein 1) verstehet sich von selbst, daß eine solche Einführung des Simultanei mit Consens der sämtlichen Interessenten, insonderheit der Landstände und Unterthanen geschehen muß (a), woran es im Stift Hildesheim mangelt, ausser was 1711., mittelst des bekannten aber von den Catholischen nicht erfülleten Religions-Recesses geschehen.

Wenn 2) Colerus den mehrern Stimmen der Evangelischen Gesandten nicht beygepflichtet hätte, so wäre es gewiß von ihm gemeldet. Herzog Augustus, der denselben abgeschicket hatte, war einer der gelehrtesten und klügesten Fürsten in Teutschland, von dem sich, mit Herr Endres, nicht sagen lässet, Eum Augustanæ Confessionis sacris & Hildesiensium partibus nimium addictum fuisse. Wäre das Simultaneum qu. in der That innoxium, und dessen Einführung dem Friedensschluß gemäß, so hätte man diesen scharfsinnigen Herrn davon leicht überzeuget, und Colerus wider Eid und Pflichten gehandelt, wenn er solches unterlassen, welches daher keinesweges zu vermuthen.

Dieser schreibet 3), die Evangelische hielten fast alle dafür, daß die Capuciner weichen müsten. Es waren also eminenter majora fürhanden, und thut nichts zur Sache, wenn gleich einige wenige aus Mangel hinlänglichen Unterrichts, und weil sie die schädlichen Wirkungen des Simultanei nicht voraus gesehen, es für unnöthig gehalten, sich der Sache anzunehmen.

Endlich 4) habe ich anderwärts gezeiget, wie selbige keinesweges wider die Stadt Hildesheim entschieden ist, sondern daß vielmehr diese aus politischen Absichten nachgegeben hat (b).

(a) S. dieser Rechtlichen Bedenken *II.* Theils *V.* Bedenken.

(b) Sammlung einiger Schriften von der im Westphälischen Frieden erlaubten Selbsthülfe ꝛc. pag. 395.

§. XIII.

Von der Sulzbachischen Sache.

Nicht erheblicher ist es, wenn im §. 42. 45. von dem Herrn Endres behauptet werden will, 1) daß die Evangelische im Sulzbachischen den Catholischen verstattet haben, neue Kirchen zu bauen; 2) des Niedersächsischen Crayses Schreiben an Churfürst Maximilian Heinrich zu Cölln ohne Wirkung geblieben sey; und 3) dieser Herr die Einführung des Simultanei sich vorbehalten habe.

Denn was 1) im Sulzbachischen eingeräumet worden, ist nicht dem Instrumento Pacis gemäs, sondern aus solchen Ursachen geschehen, die nicht überall Platz finden. Der Evangelische Pfalzgraf von Sultzbach lag den Catholischen recht in den Armen, weit abgesondert von aller Assistentz, weswegen ihm die Evangelische Gesandte einen gütlichen Vergleich anriethen (a). Der Kayserliche Gesandte Volmar sagte von dieser Sache: „Man wäre in terminis amicabilis compositionis. Darum könnte man so rigorose auf die Regulas juris nicht gehen (b).„ Bey diesen Tractaten wurde keinesweges als richtig vorausgesetzet, daß die Catholische vermöge des Friedensschlusses im Sultzbachischen neue Kirchen bauen durften, sondern man wollte ihnen solche Kirchen, als ein Temperament, durch den errichteten Vertrag bedingen (c), und die Evangelische hielten für rathsam, den Catholischen zu Waiden, *citra præjudicium & læsionem Instrumenti Pacis*, in hac re dubia das Exercitium religionis semel pro semper zu vergünstigen.

Das Schreiben des Niedersächsischen Krayses ist 2) nicht ohne Wirkung geblieben, und hat viele Jahre behindert, daß man an mehreren Orten das Simultaneum eingeführet.

3) Konnte die Reservation dem Churfürsten Maximilian Henrich kein Recht geben. Die Evangelische Landstände des Stifts Hildesheim thaten wider selbige so nachdrückliche Vorstellungen, daß der Churfürst bald darauf unterm 28sten Oct. 1681. ein in dem Ungrunde des *Simultanei* S. 58. befindliches Rescriptum an sein Hildesheimisches Dom-Capitul abgehen liesse, worinn er selbigem zu erkennen gab, „es komme ihm bedenklich vor, daß man in allen Städten, Flecken und Dörfern des Stifts Hildesheim Catholische Kirchen und Capellen

pellen erbauen, und das Exercitium religionis aus Landesfürstlicher obrigkeitlicher Macht einführen solle, zumalen es längst geschehen seyn würde, wenn solches dem Braunschweigischen Haupt-Receß gemäß wäre, und besorge er, daß da man dem zuwider dergleichen nunmehro attentiren sollte, daraus grosse zu seiner Disreputation und des Stifts Schaden gereichende Ungelegenheiten etwa entstehen dürften, es sey dann, daß die uncatholische Landstände von selbst dazu geneigt, und solches belieben thäten.„

(a) MEIERN *Acta pacis Executionis* Part. II.

(b) Ibid.

(c) Ibid.

(d) Ibd. Part, I.

§. XIV.

Nimmer haben die Evangelische Landstände sich erboten, die Kosten zum Bau Catholischer Kirchen aus der Landes-Casse zu verwilligen.

Wenn Herr Endres §. 45. schreibet: Adeo hac Serenissimi declaratione (utpote quam Instrumento Pacis omnino conformem, quin & usitata hactenus per totum Imperium praxi firmatam, & stabilitam ipsimet subditi, & Status Provinciales Augustanæ Confessioni addicti probe perspexerant) omnis illorum contradictio eo tempore sopita fuit, & evanuit, ut sepulturas duntaxat Catholicorum & conciones funebres in Ecclesiis communitatum Augustanæ Confessioni addictarum haberi solitas abrogari quidem peterent, innoxium autem Simultaneum quod attinet, ad ipsam quoque sumptuum pro constructione novarum Ecclesiarum necessariorum ex ærario publico & communi Statuum Provincialium Augustanæ Confessionis coadministratione aliquatenus subjecto aut commisso, submistrationem in favorem Exercitii publici Catholicæ Religionis, circa omnem vim & violentiam sub XIV. & XVI. Septembr. ejusdem anni promptos se paratosque offerrent, so trauet er dem Vorgeben des Canzlers von Zimmermann in seinen Vindiciis. In den *Antevindiciis Statuum Evangelicorum Lit. N.* ist aber hierauf längst geantwortet: „Dieses ist abermals eine falsche und erdichtete Auflage, welcher von denen klagenden Ständen beständig widersprochen wird, und vom Autore Vindiciarum nimmermehr erweislich gemachet werden kann.„ Hätte man das Erbieten der Stände darzuthun vermogt, so wäre es gewiß geschehen. Denn der Geheimte-Rath und Schatz-Rath von Wrisberg, der die Aeusserung mit gethan haben soll, lebte viele Jahre nachher, und in den heftigen Streitigkeiten, worinn Bischof Jobst Edmund mit den Evangelischen Ständen verwickelt gewesen, würde dieser ihn gewiß eines solchen seiner Instruction zuwiderlaufenden Schritts zu überführen gesucht haben, wenn es für möglich gehalten wäre.

§. XV.

§. XV.

Der Westfeldische Cappellenbau wurde nicht verboten, weil er auf der Gemeinde Grund und Boden geschehen.

Keinesweges hat auch, wie Herr Endres §. 46. 47. vermeynet, das Kayserliche Cammergericht den Capellenbau zu Westfeld deswegen verboten, weil er auf des Dorfs Gemeinheit geschehen. In der Evangelischen Landstände Supplication, worauf das Cammergerichtliche Mandatum am 9ten Jun. 1696. erkandt worden, beschwerten sie sich nicht darüber, daß in dominio & proprietate communitatis der Bau vorgenommen sey, sondern das Gravamen bestunde darin, daß einige Capellen, in specie zu Westfeld, von den Catholischen erbauet werden wollten, und man bate, zu verfügen, daß der zu Westfeld vorhabende nie gewesene, mithin unzulässige, Capellenbau eingestellet werden möge. Dieses geschahe auch mittelst des besagten Mandati (a). Wäre eine Frage von dem Eigenthum des Platzes entstanden, allwo der Bau geschehen, so hätte solchen nicht das Kayserliche Cammergericht, sondern die Hildesheimsche Dicasteria in erster Instanz entscheiden müssen.

(a) *Facti Species* der Hildesheimischen Landstände *A. C.* de 1696.

§. XVI.

Noch hat man den Evangelischen Hildesheimern erlaubet, Kirchen an den Orten zu erbauen, wo ihre Religion im Entscheidungs-Jahr nicht geübet worden.

Eben so unrichtig ist des Herrn Endres folgende in §. 74. enthaltene Angabe: Quid! quod aliorum omnium instar vel ipse Principatus Hildesiensis plura loca, & nominatim aliqua ex ipsis illis novem Monasteriis per Transactionem supra dictam anteriorem, & subsequam Pacem Westphalicam restitutis exhibet, in quibus præter Religionem Catholicam solam tum temporis ibidem receptam etiam Augustanæ Confessionis Exercitium pedetentim in Ecclesiis & Capellis recens erectis simul introductum esse constat. Es kann gewis keine einzige nach dem Friedensschluß erbauete Evangelische Kirche nahmhaft gemachet werden, die sich an einem solchen Ort findet, wo 1624. kein Evangelisches Religions-Exercitium gewesen. Bey dem Closter Ringelheim lieget ein Dorf, und bey dem Closter Lamspringe ein Flecken. Deren Einwohner bedienten sich 1624. der Closterkirchen. Nachdem aber diese den Catholischen 1643. eingeräumet worden, muste man den Evangelischen freylich erlauben, andere Kirchen zu erbauen. Denn die Catholische erhielten nur die Clöster, keinesweges aber die dazu gehörige Evangelische Pfarren.

§. XVII.

Ob das Simultaneum Exercitium

Endlich giebet sich Herr Endres in §. 49. viele Mühe zu erweisen, daß das Simultaneum, wovon hier gehandelt wird, in der That innoxium sey. Seine

ne Worte lauten also: Quæ vero tantum ex accidenti & præter sinceram domini suam Religionem introducentis intentionem, & quandoque duntaxat, non semper, & è longinquo consequuntur incommoda, ipsosmet subditos à Domino dissentientes plerumque Autores habent, & in horum potius præconcepto livore, ac irrationabili passione originem suam inveniunt, ideoque Principi, cujus Majestati malitiis hominum & quidem subditorum indulgere nequaquam convenit, remoram in usu Juris sui inter reliqua præcipui objicere nequeunt. Ich glaube gern, daß ein unschädliches Simultaneum möglich ist. Dasjenige, so bisher von den Catholischen eingeführet worden, ist aber kein solches. Ihre Geistliche vergnügen sich 1) damit nicht, daß man sie die Catholische Religion ruhig üben lässet. Dieselbe massen sich sofort ein Jus parochianum an, nicht nur über die Catholische, sondern auch über die Evangelische, welche Catholischen Herren dienen, und auf den Freyheiten der Aemter und Clöster wohnen, wie solches die Erfahrung im Stift Hildesheim lehret. Man ist 2) bey den Processionen nicht damit zufrieden, daß sie ohne Hinderung geschehen, sondern fordert von den Evangelischen eine Ehrerbietung, welche ihren Glaubenslehren ungemäs ist. Wenn diese versaget wird, so giebet es Schläge, und solche haben nicht selten das gröste Unheil veranlasset. Den Evangelischen wird 3) angemuthet, an den vielen Catholischen Feyertagen sich aller Feldarbeit zu enthalten, welches zu ihrer grösten Beschwerde gereichet: Endlich 4) hält es der Catholische Priester für eine Pflicht, auf die Evangelische Religion zu schimpfen. Der Evangelische Prediger erwiedert solches, und dadurch wird den Unterthanen Anlaß zu verderblichen Zank gegeben. Wer kann bey diesen Umständen glauben, daß das Coexercitium religionis Catholicæ den Evangelischen an denen Orten unschädlich sey, wo die Catholische Meister, und im Stande sind, die eben angeführte Beschwerden den Evangelischen zuzufügen. Wenn Herr Endres darthut, daß ihnen dergleichen von der Catholischen Geistlichkeit nicht angemuthet wird, so will ich ihm Beyfall geben, und das Simultaneum an den Orten innoxium nennen, wo man es also übet.

der Catholischen Religion auf der Evangelischen Kirchen innoxium genannt werden könne?

II. Bedenken.

Erläuterung des Königl. und Chur-Braunschweigischen Münz-Edicts vom 24. April 1764.

§. I.

Das Gold und Silber bestimmet im Handel und Wandel den Werth aller Sachen. Es wurde anfangs dem Verkäufer zugewogen, und dessen Fei-

Es ist ein Misbrauch des Münz-

Regals, wenn die Münze nicht so viel Silber und Gold enthält, als der Stempel anzeiget.

ne probiret. Weil aber solches viele Mühe verursachte, und es schwer fiele allem Betrug vorzubeugen, so erforderte man ein Zeugnis der Obrigkeit, daß die in kleinere Stücke vertheilte Metalle dasjenige enthielten, wofür sie ausgegeben wurden. Der Herzogl. Braunschweigische Geheimte Rath und Vice-Canzler von PRAUN schreibet hievon im Tractat vom Münzwesen *c.* I. §. I.: „Es ist nöthig geworden, daß die Obrigkeit ins Mittel träte, und durch ein von ihr auf das Gold und Silber gesetztes Zeichen die Versicherung von desselben eigentlicher Güte gäbe, um Treu und Glauben zu befestigen (a).„ Hieraus tritt von selbsten ein, daß es ein Mißbrauch des Münz-Regals ist, wenn dasjenige, so besage des Stempels 12 gl. seyn soll, nur so viel Silber enthält, als man für 6 gl. kaufen kann, nemlich nach Abzug der Präge-Kosten, welche dem Münz-Herrn zu vergüten sind.

(a) Siehe auch des Herrn von JUSTI entdeckte Ursachen des verderbten Münzwesens in Teutschland in seiner Politischen- und Finanz-Schriften *II.* Bande auch den Verfasser der Betrachtung über die gröbere Scheide-Münz von 1755.

§. II.

Jedoch fehlet es gemeiniglich daran zum Nachtheil der Länder.

Es übersteiget jedoch fast in allen Staaten der äusserliche Werth des Geldes den innerlichen. Man hat nicht nur ohne Schaden, sondern mit Gewinnst münzen wollen, und daher ist Europa, besonders aber Teutschland, mit geringhaltigem Gelde überschwemmet. Dieses gereichet Land und Leuten zum Verderben, welche im Handel mit Ausländern immer verlieren, wenn sie für schlechte Münze Waaren verlangen. Der Kaufmann in den Handel-Städten nimt auch die schlechteste an. Aber er untersuchet ihren innerlichen Werth, und bestimmet diesem gemäs die Preiße. Sehr wohl schreibet daher MONTESQUIOU *de l'Esprit des Loix*: Les Peuples policés, qui se servent presque tous de Monnoyes idéales, ne le font que parce qu'ils ont converti leurs Monoyes réelles en idéales. D'abord leurs Monoyes réelles sont un certain poids & un certain titre de quelque Métal: mais bientôt la mauvaise foi ou les besoins font, qu'on retranche une pertie du Metal de chaque piéce de Monnoye à laquelle on laisse le même nom -- Pour ôter la source des abus, ce sera une très bonne Loi dans tous les Pais, où l'on voudra faire fleurier le Commerce, que celle qui ordonnera, qu'on employera des Monnoyes réelles; & que l'on ne fera point d'opération, qui puisse les rendre idéales.

§. III.

§. III.

Besondere Umstände erhöhen wohl den äusserlichen Werth der Münzen über die Gebühr, und solches veranlasset die Frage: Ob Zahlungen nach dem Cours oder nach dem innerlichen Werth geschehen müssen?

Es erhöhen jedoch nicht selten besondere Umstände den äusserlichen Werth der Münzen, so oft man nemlich einer gewissen Art Geldes mehr benöthiget ist, als der andern. Wenn vor dem lezten Kriege in Mecklenburg und Holstein grosse Capitalia in $\frac{2}{3}$ zu bezahlen waren, so stiege zu Hamburg und auf dem Kieler-Umschlage deren Agio wohl auf 14. pro Cent gegen Gold. Da man hingegen währenden Krieges des Goldes mehr bedurfte, fiel deswegen die Agio, und that öfters gegen $\frac{2}{3}$ kaum 8 pro Cent. Dieses veranlasset die Frage: Ob ausgeliehene Gelder, welche der Schuldner mit Nutzen vor voll ausgegeben, weil zur Zeit der Zahlung ihr äusserlicher Werth den innerlichen überstiege, nach dem damaligen Cours-Preise, oder nach dem innerlichen Werth wieder zu bezahlen sind? Imgleichen ob in Kauf- und andern Contracten, welche keine Müntzsorte bestimmen, die Zahlung nach dem innerlichen Werth, oder nach dem Cours-Preise geschehen müsse, den das Geld zur Zeit des Contracts hatte?

§. IV.

Wie das Königl. und Chur-Braunschweigische Münz-Edict von 1764. solche entscheidet.

Diese Fragen sind in den Chur-Braunschweigischen Landen durch ein Königl. Münz-Edict folgendergestalt entschieden: „Georg der Dritte, von Gottes Gnaden König von Grosbritannien, Franckreich und Irrland, Beschützer des Glaubens, Herzog zu Braunschweig und Lüneburg, des Heil. Röm. Reichs Erz-Schatzmeister und Chur-Fürst ꝛc. Demnach die Münz-Zerrüttung, so besonders seit 1757. bis in den May-Monath 1763. in Unsern teutschen Landen gedauret hat, viele Streitigkeiten veranlasset, welchergestalt die binnen solcher Zeit in verrufener und abgewürdigter Münze ausgeliehene, auch vermöge anderer Contracte zu entrichtende Gelder zu bezahlen sind; So finden Wir, um Geldspielenden Processen vorzubeugen, nöthig, durch ein allgemeines Landes-Gesetze hierunter etwas Gewisses zu verordnen. Wir bestätigen nun zuforderst, und 1) die Münz-Edicte Unser in Gott ruhenden Vorfahren an der Regierung, Weyl. Herrn Churfürsten Ernst August Liebden, vom 2ten April 1690, und Herrn Herzog Georg Wilhelms, vom 12ten Nov. 1691. wenn selbige verordnen: daß die Wiederbezahlung ausgeliehener Gelder jedesmahl nach dem innerlichen Werth und Gehalt geschehen solle, ohne darauf zu sehen, was das nach dem Lauf der Commercien bald steigende, bald fallende Agio zur Zeit des Anlehns betragen habe. 2) Ist eine Verschreibung auf schlechte, oder in Unsern teutschen Landen nicht recipirte Gold-Münzen gerichtet, so sollen solche Gelder in Golde, Silber-Münzen aber mit gerechten Silber-Münzen vergü-

tet werden. Es sollen 3) die veranstaltete Valvationes, welche anliegende Tabelle ergiebet, zum Grunde geleget, und die in Unsern teutschen Landen verrufene Münz-Sorten dergestalt bezahlet werden, wie sie in derselben gewürdiget sind. 4) Wäre aber in der Valvations-Tabelle der innerliche Werth des Geldes in dem Jahre, worin es ausgeliehen worden, nicht bestimmet, so ist auf das nächst vorhergehende Jahr zu sehen, und wenn auch davon sich keine Valvation findet, so soll solche von Unsern verpflichteten Münz-Bedienten annoch besorget, und zu dem Ende die zu evalvirende Münze an Unsere Landes-Regierung zu Hannover eingeliefert werden, um desfalls das nöthige zu verfügen. 5) Falls eine Verschreibung blos auf currente gangbare Münze gerichtet, und darin die besondere Art derselben nicht ausgedrucket ist, so soll zwar dem Gläubiger und Schuldner frey gelassen werden, zu erweisen, in welcher Münze das Anlehn bestanden, und, wenn er solches darthut, nach dem innerlichen Werth derselben die Wiederbezahlung geschehen; Dafern es aber an diesem Beweise fehlet, so sind die schlechteste Münzen, welche zu der Zeit der Verschreibung an dem Orte coursiret haben, und also insonderheit die Bernburger, Mecklenburger und Sächsische $\frac{1}{3}$ Stücke, als welche in Unsern teutschen Landen fürnemlich die Ueberhand behalten, dem Gläubiger zu vergüten. 6) Ist in den Verschreibungen gemeldet, daß unverrufene Münze gezahlet worden, alsdenn sollen, weil man währenden Krieges, allerhand auswärtige geringhaltige Geld-Sorten, welche im gemeinen Handel und Wandel annoch geduldet worden, hierunter verstanden hat, bey einer völligen Ungewißheit, die niedrigste der in devalvirtem Werthe angenommenen Münzen, mithin Herzoglich-Braunschweigisches C. Geld, und wie dasselbe noch nicht gebrauchet worden, Königl. Preussische $\frac{1}{3}$ Stücke von dem Gläubiger angenommen, jedoch demjenigen, welcher dadurch beschweret zu seyn vermeynet, verstattet werden, zu erweisen, daß er in bessern Münz-Sorten die Zahlung gethan habe, welche ihm solchenfalls zu erstatten sind. 7) Wenn jemand, nicht in gänzlich verrufenen, sondern in abgewürdigten und nach solchem devalvirten Wehrt zu Cassen-Münze ad interim angenommenen Königlich Preussischen $\frac{1}{3}$ Stücken, desgleichen im Herzoglich Braunschweigischen Pferde-Gelde, oder auch in Braunschweigischen C. Gelde, nicht minder in Französischen Laub-Thalern und Schild-Louis-d'Or, alten Pistolen ꝛc. Gelder ausgeliehen hat, so können solche in gleichen Sorten und in gleichem Valeur, bis dahin, daß ein anders von Uns verordnet, und diesen Münzen der bisherige Cours in Unsern teutschen Landen gänzlich entzogen ist, wieder abgeführet und bezahlet werden. 8) Derjenige, welcher Gelder in ganz verrufenen Sorten ausgeliehen, hat die Zinse nach eben dem Wehrt,

wie

wie dieſe Sorten an Schrot und Korn befunden, zu erheben, und ſich damit zu begnügen, wer aber in denen im vorhergehenden §. gemeldeten abgewürdigten Sorten, etwas zinsbar beleget, die verſchriebene Zinſen in gleichen Sorten und Valeur, worin die ausgeliehene Gelder beſtanden, zu gewärtigen. 9) Wenn in Kauf- und andern Contracten die zu entrichtende Münz-Sorten nicht beſtimmet ſind, ſo ſoll die Zahlung nach dem innerlichen Werth der geringſten Münze geſchehen, welche zur Zeit des Contracts courſiret hat. 10) Die in denen von Imo Januar. 1757. bis den 31 May 1763. geſchloſſene Pacht- und Mieth-Contracten ohne Beſtimmung der eigentlichen Sorten ausgelobte Pacht- und Mieth-Gelder, ſind in der damals gangbaren Münze, oder wenn ſolche verrufen, nach deren innerlichen Werth zu entrichten. Dafern aber 11) binnen dieſer Zeit Geſinde-Lohn bedungen worden, ſo iſt ſolches, wenn der Contract länger als bis zum 31ſten May 1763. dauret, dergeſtalt zu bezahlen, wie es vor dem 1ſten Jan. 1757. üblich war. 11) Eben dieſes ſoll geſchehen, wenn während den Münz-Verfalls, da mit dem ſchlechten Gelde, in Ermangelung des gerechten, mehr auszurichten war, als nachher, jemanden Zinſe, von in beſſerm Gelde beſtehenden Capitalien, auch Aliment-Gelder verſprochen, oder zuerkannt worden. Haben jedoch 13) vor Publication dieſer Unſer Verordnung, die Partheyen, über enſtandene Münz-Streitigkeiten gerichtlich ſich verglichen, oder es ſind Zahlungen ohne Vorbehalt geſchehen, und angenommen, wie auch, dafern durch richterliche Erkenntniſſe dergleichen Zwiſtigkeiten entſchieden worden, ſo hat es dabey ſein Bewenden, und mögen ſolche Vergleiche und Erkenntniſſe deswegen nicht angefochten werden, weilen ſie dieſer unſer Verordnung ungemäs ſind. Wir befehlen demnach allen und jeden, welche in Unſern teutſchen Fürſtenthümern und Landen Gerichte haben, und halten, inſonderheit aber Unſern Obern Juſtitz-Collegiis und Beamten hiemit in Gnaden ernſtlich, daß Sie ſich nach dieſer Unſer Verordnung bey vorkommenden Fällen achten, bey Abfaſſung der Urthel und Beſcheide nach deren Vorſchrift erkennen, und ſolche denen etwa zu Einholung einer auswärtigen Urthel verſchickenden Acten mit beylegen ſollen: Und damit dieſe unſere Conſtitution zu jedermanns Wiſſenſchaft kommen möge; So ſoll ſolche gewöhnlicher Orten öffentlich affigiret werden. Gegeben, unter Unſerm Handzeichen und Königl. Churfürſtlichen Inſiegel. S. James den 27ſten April 1764.

§. V.

Die glorwürdigſte Vorfahren unſers allergnädigſten Königes haben den vorzüglichen Ruhm erworben, daß ſie von dem im §. I. angeführten wahren Principio in Münz-Sachen ſich nimmer ableiten laſſen, von deſſen Gründlich- Se. Königl. Majeſt. von Großbrit-

tannien und Dero Durchl. Vorfahren die Churfürsten und Herzoge von Braunschweig und Lüneburg haben nimmer von einem Münz-Gewinnst etwas wissen wollen, und verfüget, daß ausgeliehene Capitalia nach dem innerlichen Werth wieder bezahlet werden sollen.

keit des höchstseel. Königs Georg II. Majest. so überzeuget waren, daß kein Münz-Gewinn Höchstdieselbe bewegen können, im mindesten darwider handeln zu lassen. Eben also war Churfürst Ernst August p. m. gesinnet, welcher anno 1690. verordnete: „Die Capitalia sollen entweder in denen Sorten, worin die Ausleihung geschehen, oder aber nach deren Werth und Gehalt, worin sie zur Zeit der Anleihung gewesen, bezahlet, und das nach dem innerlichen Werth der Gelder gebührende Aufgeld darauf gegeben werden; „Imgleichen Herzog Georg Wilhelm zu Braunschweig-Celle, in dessen Münz-Edict von 1691. Num. 5. es heisset: „Damit aber bey vorberegter Veränderung in dem Münz-Wesen, die wegen Bezahlung der ausgeliehenen Capitalien sonsten zu besorgende Streitigkeiten und gerichtliche Processe verhütet werden, oder man doch allenfalls ein gewisses Fundament, wornach man sich in judicando zu achten, haben möge; So setzen, wollen und verordnen Wir hiemit, daß, wie der Billigkeit und denen gemeinen Rechten gemäs, daß solche Wiederbezahlung nach dem innerlichen Werth und Gehalt der ausgeliehenen Gelder geschehe, also diejenige, welcher Species-Reichs- oder andere Thaler verschrieben, eben dergleichen in ihrem alten Werth und ohne Erhöhung zu bezahlen schuldig seyn; Da aber Current-Münze in der Obligation enthalten, und eben dergleichen Sorten in natura nicht an Hand geschaffet, und dem Creditori geliefert werden können, die Zahlung nach dem innerlichen Gehalt der geliehenen Sorten geschehen, wofern aber solches, und wie die ausgeliehene Sorten an sich und juxta valorem intrinsecum beschaffen gewesen, in der Obligation nicht specificiret seyn sollte, oder sonsten erweislich dargethan werden könnte, solche Wiederbezahlung nach dem Fuß und innerlichen Werth der Münze so tempore Contractus gültig gewesen, ohne darauf zu sehen, wie etwa das nach dem Lauf der Commercien bald steigende, bald fallende agio zur Zeit des Anleihens oder nachhero gewesen, reguliret und eingerichtet werden. Der Leipziger Münz-Receß von 1690. in den Chur-Braunschweigischen Landes-Ordnungen *Cap. IV. p.* 543. ergiebet, daß damals dieselbige Münzgebrechen vorhanden gewesen, welche zu unsern Zeiten überhand genommen hatten. Denn man klaget in selbigen, daß das gute Geld in hin und wieder versteckten Hecken gestecket und verschmolzen, das Silber durch die gar zu geringhaltige Sorten im geringern Werth bezahlet, und dasselbe seithero angestiegen und keine Verringerung zu hoffen, so lange auf solche verbotene Weise continuiret, und vorberührte schlechte Sorten überall in Cours, und nicht nach dem Valore intrinseco, sondern nach dem externo judiciret werden.„ Eben dieses war aber die Ursach der währenden Krieges entstandenen Verwirrung im Münzwesen.

Der

Der Verfasser der wohlgeschriebenen Betrachtungen über das Recht bey der Bezahlung in veränderten Münzen, obwohl er im §. 45. den Cours-Preis für den wahren äussern Werth fremder Münzen hält, machet dennoch wegen der Chur-Braunschweigischen §. 62. also eine Ausnahme von der Regul: „In den Chur-Braunschweigischen Landen ist der am 26sten Jan. 1690. beliebte Leipziger Fuß bey der in den letzt vergangenen Jahren vorgefallenen grossen Münz-Veränderung unverändert beybehalten, und die Münzen seynd ehe besser, als schlechter ausgepräget. Da nun in dem darüber errichteten Vertrage festgesetzet ist, daß alle geringhaltige nach diesem Fuß nicht ausgeprägte Münzen verrufen seyn sollen, dieses auch durch das Edict vom 2ten April 1690. und nachfolgende bestätiget, und in diesem Edict Art. 5. verordnet ist, daß die Capitalia nach dem innern Gehalt der Münzen zur Zeit der Anleihung bezahlet werden sollen, so kann bey den geringhaltigen Münzen kein anderer Cours-Preiß, wodurch sie etwa erhöhet würden, allda in Betracht kommen. Es ist daher in dem neuesten Chur-Braunschweigischen Münz-Edict höchst gerecht verordnet, daß darauf nicht gesehen werden soll.„

§. VI.

Dagegen gemachte Einwürfe.

Ich vermeyne auch, daß diese Verordnung nicht nur unsern ältern Constitutionen, sondern auch der Billigkeit, den Rechten und gemeinen Besten gemäß ist.

Zwar wird dawider eingewandt, der Gläubiger hätte sein ausgeliehenes Geld mit Vortheil in gutes verwandeln, auch damit viel mehr kaufen können, als mit demjenigen, so er dafür annehmen muß. Da der Schuldner das Geld für voll ausgegeben, so sey er verbunden, es nach dem Werth wieder zu bezahlen, den es zur Zeit des empfangenen Anlehns gehabt.

Der Verfasser der Betrachtungen hält im §. 45. dafür, der Cours-Preiß überkomme seine Gültigkeit per consuetudinem, und wenn keine Cours-Zettel im Lande, noch die auswärtige übereinstimmen, so müsse der Beweis mit Zeugnissen der Kaufmannschaften oder grossen Fabriquen geführet werden.

§. VII.

Der Schuldner, als Eigenthümer des Geldes, muß den Schaden

Allein da der Schuldner Eigenthümer des geliehenen Geldes ist, mithin den Schaden tragen muß, wenn er darum kömt, oder sich genöthiget siehet, es unter dem wahren Werth auszugeben, so ist es ihm zu gönnen, wenn er dasselbe mit Vortheil verkehret hat (a).

Man

übernehmen, wenn es nicht für voll ausgegeben wird, gleichwie er den Vortheil hat, dafern es höher auszubringen stehet.

Man wird jedoch das letztere öfters schwerlich erweisen, da zu der Zeit, als schlechtes Geld das Land überschwemmete, die Preise der mehresten Sachen über das alterum tantum gestiegen waren, und man vieles mit einem Thaler bezahlen mußte, welches ehemals einen halben Thaler gegolten.

Endlich hat in den Chur-Braunschweigischen Landen der Gläubiger sich beyzumessen, daß er sein schlechtes Geld nicht in gutes verwechselt, oder die Wiederbezahlung nach dem Cours bedungen, da leicht vorher zu sehen war, daß man die schlechte Münze nicht lange dulden würde, und alsdann nach unsern Landesgesetzen die Gläubiger sich mit dem innerlichen Werth vergnügen müsten.

(a) Herr SCHMID in der Abhandlung der streitigen Rechtsfrage: In was für Münzsorten eine Geld-Schuld abzutragen ist? §. 157.

§. VIII.

Es ist fast unmöglich, den Cours-Preis in den Chur-Braunschweigischen Landen hinlänglich zu erweisen, der innerliche Werth aber ausfündig zu machen.

Der Verfasser der Betrachtungen will im §. 45., daß nur alsdenn die Zahlung nach dem Cours geschehen müsse, wenn die Requisita consuetudinis vorhanden sind, nemlich Observantia diutura, actuum frequentia, consensus populi & conformitas actuum. Er stehet in den Gedanken, der Cours Preis habe diese Eigenschaften, wenn man ihn im Durchschnitt von einem Jahr nimt. Aber man kann nicht sagen, daß, wenn der Landesherr binnen eines Jahrs Frist geschehen lässet, da seine Unterthanen fremdes Geld über dessen wahren Werth annehmen, er andere verbindet, ein gleiches zu thun. Währenden letzten Krieges war auch unmöglich solchen Beweis beyzubringen. Wie es im Chur-Braunschweigischen damals mit dem Cours beschaffen gewesen, ergiebet folgende Nachricht eines dieser Sachen sehr kündigen geschickten Mannes: „Im November und December 1760. muste man an Mecklenburgischen Gelde 175 thlr. für 20 Pistolen geben. Um Ostern 1761. konnte man 20 Pistolen für 160 thlr. des gedachten Geldes einwechseln. Um Johannis desselben Jahrs konnte man solche 20 Pistolen nicht unter 180 bis 190 thlr. haben, und gegen Michaelis muste man dafür schon 200 bis 220 thlr. bezahlen. Diesem tritt hinzu, daß der Cours anders in Hamburg, anders in Bremen, anders in Frankfurt, anders in Braunschweig, anders in Northausen und anders in Leipzig zu gleicher Zeit gewesen. Ja nicht nur in besagten Handels-Städten ist der Cours so different, sondern er war in den Städten hiesigen Landes gar sehr unterscheiden, nachdem man nemlich mehr oder weniger in dieser oder jener Gegend mit dem Gelde ausrich-

ten

ten konnte. Wenn man die Course von Hannover, Celle, Lüneburg, Haarburg, Uelzen, Einbeck, Osterode, Göttingen, Münden und Hameln von den sämtlichen Krieges-Jahren hätte, so würde man über die Verschiedenheit erstaunen, die man zu einer und eben derselben Zeit antrift. So gar in Hannover waren so viel Course als Juden-Häuser, und der Cours, den der Wechsler gegen gut Geld bey dessen Aufwechselung gegeben, ist meist 10 bis 12 pro Cent von dem Cours unterschieden, den er genommen, wenn man gut Geld bey ihm suchte. Gemeiniglich wurde der Cours nach Verhältnis der Känntnis und Unerfahrenheit derer reguliret, welche den Wechsel mit einander schlossen. Mir scheinet es fast unmöglich zu seyn eine gewisse Summe durch den Cours zu bestimmen, womit Creditor und Debitor zu beyderseitiger Zufriedenheit auseinander zu setzen. Die Erstattung nach dem innern Werth hingegen ist 1) den Gesetzen gemäs, indem sie dasjenige gewähret, was der Creditor fordern kann, und der Debitor schuldig ist, nemlich eandem bonitatem, 2) weit zuverlässiger als der Cours. Man wird zwar einwenden, daß man wegen der mannigfaltigen Sorten und der vielen Beyschläge, auch öfterer Veränderungen des Gehalts der unter einerley Stempel und einerley Jahrzahl ausgeprägten Münzen von dem Gehalt des Geldes noch weniger gesichert seyn könne, als von dem Cours. Da aber Königl. Regierung die Vorsicht gehabt, von Zeit zu Zeit, und so wie eine geringhaltige Münze in das Land eingedrungen, dieselbe probiren zu lassen, und ihren Werth bekannt zu machen, so ist nach solchen Proben, und den daraus verfertigten Tabellen von dem Werth der jedesmaligen Münzen leicht zu urtheilen.„

§. IX.

Gemeiniglich ist der Cours dem Valori intrinseco gemäs, und nur zufällige Umstände machen jenen von diesen abweichen, bevorab in den Handelstädten. Der Cours beweiset also an gewissen Orten und zu gewissen Zeiten den Valorem intrinsecum. Es schreibet Herr von JUSTI in der Staats-Wirthschaft *Part. I.*: „Die Auswärtige machen auf das Geld keinen andern Betracht, als darin der wahre Werth des Goldes und Silbers befindlich ist, und sie wissen es durch den Wechsel-Cours, durch das Agio und durch den Preis der Waaren dergestalt einzurichten, daß sie es nie höher annehmen, als sein innerlicher Gehalt beträget. Das Geld in Absicht auf die auswärtige ist also nichts anders als eine Waare.„ Und Herr TITIUS in der schönen *Dissertation de pecuniæ deterioris atque melioris exæquatione*: Exæquanda pecunia mutuo data cum restituenda pro varia bonitatis internæ ratione, cujus, *nisi facilior adsit via*, collybus sive receptæ pecuniæ valor (der jedesmalige Geld-Cours) singulis an-

Welcher mehrentheils dem Cours-Preise gemäs ist.

nis, singulis mensibus ab collybistis ex fide & officio consignatus normam præbebit satis tutam. Weil obangeführten nach in den grossen Handelstädten der Cours des Geldes gemeiniglich seinem innerlichen Werth gemäs bestimmet wird, so gebet man ganz vernünftig über die zufällige Abweichungen hin. Es könnte auch überall geschehen, wenn der Cours solchergestalt ohne Weitläuftigkeit zuverlässig ausfündig zu machen stünde. Wo finden sich aber an den mehresten Orten Leute, welche, vermöge ihrer Pflichten, von Jahren zu Jahren, und von Monaten zu Monaten ihn aufgezeichnet haben? Zu dessen Beweis ist das unbeschworne Attestat eines Kaufmanns ganz unzulänglich, der bezeugen kann, wie hoch er das Geld ausgegeben, nicht aber, wie es von den mehresten geschehen. Herr Titius will, man solle den innerlichen Werth nach dem hinlänglich erwiesenen Cours bestimmen, nisi facilior adsit via. Diese ist nun in den Chur-Braunschweigischen Landen vorhanden, da der Gesetzgeber nach dem Bericht geschworner Münz-Waradeine den innerlichen Werth bestimmet hat, und wenn diejenige Münz-Herren, deren Münzen durch solche Valvation um den bisherigen Credit zu ihrem grossen Nachtheil gebracht worden, daran etwas auszusetzen gefunden, so hätten sie es ausser Zweifel der Welt vor Augen geleget. Soll der Cours ausfündig gemachet werden, so sind in jedem Fall Wechsler als Zeugen eydlich zu vernehmen, und man muß darthun, welchergestalt selbiger an jedem Ort, und wie lange er also beschaffen gewesen. Daß dieses eine grosse Menge der beschwerlichsten Processe veranlassen würde, kann niemand in Zweifel ziehen.

Herr Professor von SELCHOW in der juristischen Bibliothek *II.* Bandes des *II.* Stück schreibet hievon: „Der Cours könne so wenig Kaufleute, als andere verbinden, wenn sie sich selbigem nicht ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben, indem Kaufleute und Mäckler überhaupt keine Gesetzgeber sind, welche ihre Neben-Unterthanen in Contribution setzen, oder mehr als selbige empfangen, wieder zu geben nöthigen können, und es überdem bekannt ist, daß der Cours sich oftmals auf eine Grille solcher Leute gründet, die sich blos auf Kosten anderer zu bereichern suchen. Kurz, der Cours, sofern es nicht auf Rechnungen mit Ausländern ankommt, zeiget allezeit eine schlechte Beschaffenheit des Münz Wesens, und ist also eine böse Staats-Krankheit.„

§. X.

Der Gläubiger muß nur alsdenn die schlech-

Der Verfasser der Betrachtungen bemerket §. 56. weil in den Chur-Braunschweigischen Landen die schlechte Münzen vornemlich die Oberhand behalten, so sey in dem Münz-Edict Art. 5. weislich verordnet, daß solche in

zweifel-

haften Fällen dem Gläubiger nur zu vergüten sind. Man würde aber selbigen durch eine übele Auslegung Gewalt anthun, wenn man behaupten wollte, daß die allerschlechteste Münz-Sorte zu zahlen sey, obwohl dargethan worden, daß sie unter den schlechten am raresten coursiret habe. Denn in Art. 6. sey die schlechteste Münze nur bey einer völligen Ungewißheit festgesetzet, es aber für keine völlige Ungewißheit zu halten, wenn erwiesen werden kann, daß sie die rareste gewesen. „Ich bin auch hiemit ganz einig. Denn es soll vermöge Art. 6. nicht überhaupt die schlechteste Münze, sondern diejenige, welche zur Zeit der Verschreibung an dem Ort coursirte, mithin gäng und gebe war, vom Gläubiger angenommen werden. Erweiset er nun z. E. daß die Anhalt-Zerbstische $\frac{1}{3}$ 1761. bey uns selten gewesen, so ist nicht zu vermuthen, daß sie von ihm ausgeliehen worden.

teste Münze annehmen, wenn sie coursiret hat.

§. XI.

Vermöge Münz-Edicts Art. 11. 12. soll die Zahlung geschehen, wie es vor dem 1sten Januar. 1757. üblich war, wenn jemand von in besserm Gelde bestehenden Capitalien Zinse, auch Aliment-Gelder versprochen oder zuerkannt worden. Denn dieses ist ausser Zweifel in Betrachtung des damaligen äusserlichen Werths geschehen, und weil es währenden Münz-Verfalls kaum möglich war, gerechte Münz-Sorten anzuschaffen. Wer 1761. von 100 thlr. Mecklenburgischen Geldes zur Noth leben konnte, dem fällt es unmöglich, mit 39 thlr. 27 gr. $2\frac{3}{4}$ pf., welches damals der innerliche Werth der Mecklenb. Schwerinischen $\frac{1}{3}$ mit der Rose war, auszukommen, und es ist daher eine solche Bestimmung der Zinse und Aliment-Gelder höchst unbillig, mithin zu vermuthen, daß sie die damalige Beschaffenheit der Sachen voraus setzt, und nur so lange Kraft behält, als selbige gedauret hat. Die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley erkannte daher 1763. in Sachen von Bennigsen contra von Bennigsen, als der Debitor mit allerhand Münzen, welche den innerlichen Werth derjenigen hatten, worin 1756. 1757. und 1758. die Bezahlung geschehen, die Geschwister von Bennigsen vergnügen wollte: „Da keinesweges zu vermuthen, daß indem Klägerinnen die schlechte Münzen angenommen, welche 1756. 1757. und 1758. gangbar waren, sie sich anheischig gemachet, mit deren innerlichem Werth friedlich zu seyn, wenn solche verrufen, oder dergestalt im Werth fallen würden, daß damit weniger auszurichten, als vorhin, so ist Beklagter schuldig, die Zahlung in solchen Münz-Sorten zu thun, welche im Commercio vollgültig sind.„

Wegen der Zinse von in besserm Gelde bestehenden Capitalien und Aliment-Geldern ist eine Ausnahme von der Regul zu machen.

§. XII.

Wer schlechte Münze ausgeliehen, muß dieselbe wieder annehmen, obwohl ihr äusserlicher Werth gefallen, wenn sie nicht verrufen ist.

Titius hatte am 28sten Januar. 1758. von Cajo 1000 thlr. nach dem damaligen Braunschweigischen und Mecklenburgischen Fuß ausgeprägte 6 mgr. geliehen, und wollte sie 1763. mit Braunschweigischen Pferde-Gelde wieder bezahlen. Der Gläubiger forderte aber Gold nach dem Cours des Jahrs 1757., und als ihm solches verweigert wurde, führte er bey Königl. Hannöverscher Justiz-Canzley eine Klage ein. Selbiger bescheinigte durch ein Zeugniß des Bremischen Maklers Neckelmann, daß bis in den Monat Junius 1757. die Current-Münz $4\frac{1}{2}$ a $4\frac{3}{8}$ pro Cent weniger gegolten, als das Gold. Auch attestirten in einer andern Sache die Hannöversche Cammer-Agenten Michael David und Sohn unterm 9ten Sept. 1760. daß bis in den Monat December. 1757. Louisd'Or al pari gegen Silber-Münze gestanden, und man nur zu Zeiten 3 a 4 pro Cent Agio von Silber-Münzen gegen Louisd'Or vergütet habe. Das Braunschweigische Pferde-Geld war nicht mehr von dem Werth, welchen es 1758. hatte, massen man selbiges bey den Cassen überall nicht mehr annahm, auch im Handel und Wandel sich niemand damit bezahlen lassen wollte, weswegen es das Ansehen gewann, als sey solches, wenigstens durch die Observanz, unbrauchbar worden, und also niemand aufzudringen.

Allein 1) kömt es vermöge unserer Münz-Verordnungen auf den äusserlichen Werth nicht an, sondern auf das Schrot und Korn des Geldes, und der Kläger muß sich mit dem innerlichen Werth vergnügen, wenn die von ihm hergeliehene Münze gänzlich verrufen worden. Es ist aber auch 2) dieses hier keinesweges geschehen, und in dem obangeführten Münz-Edict Art. 7. vielmehr ausdrücklich verordnet, „daß in Herzoglich-Braunschweigischen Pferde-Gelde ausgeliehene Gelder in gleichem Werth und in gleichem Valeur bis dahin, daß ein anders verordnet, und dieser Münze der bisherige Cours in den Königl. Teutschen Landen gänzlich entzogen ist, wieder abgeführet und bezahlet werden sollen. Eine solche besagter Münze den Cours entziehende Verordnung war aber annoch nicht gemachet, sondern indem der Gesetzgeber nur die Annahme in den öffentlichen Cassen verboten, hat er wegen des Handels und Wandels bey dem oftangeführten Münz-Edict es gelassen. Ein jeder kann vor geschlossenem Handel sich gewisse Geldsorten bedingen. Ist aber solches unterblieben, so muß er alle unverrufene Münze annehmen. Das Braunschweigische Pferdegeld war auch 3) so wenige Zeit im äusserlichen Werth gefallen, daß solches keine rechtliche Observanz wirken konnte. Ganz verrufene Münzen behalten ihren innerlichen Werth, und nur diesen mag der Gläubiger fordern, welcher für

100 Thlr. Pferdegeld in allen Münz-Stätten 83 thlr. 3 gr. $6\frac{3}{4}$ pf. bekommen kann.

Ueberdem war der Gläubiger Schuld daran, daß die Münze nicht so hoch ausgebracht worden, wie es geschehen, wenn sie 1763. angenommen wäre, weil zu selbiger Zeit das Braunschweigische Roßgeld annoch in den Cassen angenommen wurde, und also muste er den daher entstandenen Schaden tragen (a). Es ist deswegen am 13ten Sept. 1765. von Königl. Hannöverscher Justiz-Canzley der Gläubiger schuldig erkandt, solches anzunehmen, auch in eben dem Jahr einem Rechnungsführer, welcher zwar schlechtes Mecklenburgisches Geld aufgenommen, es aber nicht zu gehöriger Zeit, sondern allererst, nachdem diese Münze unbrauchbar worden, abgeliefert hatte, solche nach dem äusserlichen Werth zu entrichten auferleget, welchen das Mecklenburgische Geld zu der Zeit hatte, als es billig hätte abgetragen werden sollen.

(a) COCCEJUS *de Mora* §. 26. BOEHMER *Tom. II. Resp.* 209. n. 11. SCHMID in der Abhandlung der Rechtsfrage: *in welchen Münz-Sorten eine Geld-Schuld abzutragen ist.*

§. XIII.

Auf des Sattlers Christian Riemenschneider Hause zu Göttingen hafte- Durch Edictmässige Münzen werden die unverrufene verstanden.
te eine Schuld von 600 thlr. in Louisd'Or. Da er nun solche nicht bezahlen konnte, wurde die Subhastation des Hauses erkandt, und in dem Anschlage vom 15ten Febr. 1759. gesaget, daß es demjenigen, welcher das meiste geboten haben würde, gegen baare Bezahlung in Edictmässigen Münz-Sorten zugeschlagen werden solle. Am 18ten April 1760. bote die Wittwe Krischen das mehreste, nemlich 803 thlr., daher ihr das Haus adjudiciret wurde. Als sie aber mit currenten $\frac{1}{3}$ Stücken bezahlen wollte, sprach Riemenschneider dawider, und forderte vollgültige Münz-Sorten. Von dem Göttingischen Stadt-Magistrat wurde am 28sten May 1760. erkandt: Nachdem die Münzen nach Zeit und Art des geschlossenen Contracts zu beurtheilen sind, den neuern $\frac{1}{3}$ Stücken aber zu der Zeit, wie die Käuferin auf das Haus geboten, und solches derselben zugeschlagen worden, bereits durch eine gedruckte und verkündigte Landes-Ordnung der Lauf im Handel und Wandel verstattet gewesen, als bleibe der Käuferin unbenommen, die ausgelobte 803 thlr. Kaufgeld in solchen Münz-Sorten, welchen mittelst der Landes-Ordnung vom 30sten Nov. 1759. der Lauf im Handel und Wandel verstattet ist, zu erlegen.„ Wider dieses Erkänntniß bediente sich Riemenschneider der Appellation, und es entstund also

die Frage: Ob durch Edictmässige Münzen diejenige zu verstehen, welche mittelst keines Edicts verrufen sind, folglich im Handel und Wandel gebrauchet werden, oder nur die undevalvirten, so man bey den Landes-Cassen für voll annimt? Königl. Justiz-Canzley hielte das Erste dafür, weil, wenn ohne Bestimmung der Münz-Sorten jemand nicht auf Borg etwas kaufet, das Kaufgeld in solchen Sorten zu bezahlen ist, welche zur Zeit des Contracts gänge und gebe waren (a). Wer etwas Ausserordentliches bedingen will, und es nicht mit genugsamer Deutlichkeit thut, muß sich beymessen, daß er seines Endzwecks verfehlet. Der Appellant Riemenschneider hatte selbst diese Deutung des Worts, Edictmässig gebilliget, da er in der ausgestellten Verschreibung seinem Gläubiger versprochen, 600 thlr. welche derselbe in Pistolen empfangen, in guten Edictmässigen Münzen wieder abzutragen. Es war jedoch die Pistole nicht von ihm in Cassenmässigem Werth zu 4 thlr. 24 gl., sondern zu 5 Rthlr. empfangen, und er gewillet, sie solchergestalt wieder zu bezahlen.„

Die sämtliche auswärtige neuerlich zum Vorschein gekommene Münz-Gepräge sollen vermöge Edicts vom 4ten Febr. 1757, im Handel und Wandel weder ausgegeben, noch angenommen werden, wofern sie nicht von der Landes-Regierung ausdrücklich approbiret sind, daher diese keinesweges für Edictmässig zu halten. Obwohl auch die Verordnung vom 30sten Nov. 1759. verschiedene derselben im Handel und Wandel zu gebrauchen erlaubet, so fande doch solches auf diesen Fall keine Anwendung, da vor dessen Publication in dem Anschlage des Stadt-Magistrats vom 15ten Febr. 1759. man solche Münz Sorten forderte, welche damals Edictmässig waren, daher nicht zu vermuthen, daß der Verkäufer sich mit der schlechten, obwohl zur Zeit der Adjudication Edictmässigen Münze vergnügen wollen. Der Werth dieses geringhaltigen Geldes ist zwar durch besagtes Edict in etwas verbessert. Es bliebe jedoch immer schlechter, als dasjenige, welches zur Zeit des Anschlages Edictmässig war.

Weil aber die Verordnung vom 15ten Febr. 1752. erlaubet, in den Cassen die einzuliefernde Gefälle, anstatt der bisher erforderlich gewesenen guten und gerechten Münz-Sorten, auch in gewissen geringhaltigen, jedoch in devalvirtem Werth zu entrichten, als nemlich die ausdrücklich benannte Französische, Chur-Triersche, Chur-Sächsische, Chur-Brandenburgische, Herzogl. Wolfenbüttelsche, Landgräfl. Heßische, Fürstl. Waldeckische, Stadt-Goslarsche und Stadt-Bremische Münzen, so können diese und andere vor 1757. geprägte denen zu selbiger Zeit zum Vorschein gekommenen neuen verbotenen Münzen nicht beygezählet werden; daher der Appellant schuldig erkandt ist, solche, und

zwar

zwar für voll, anzunehmen, weil die Devalvation nicht überall, sondern nur bey den Zahlungen in den Cassen geschehen, im Handel und Wandel aber zu diesen Zeiten niemand verweigerte, sich mit solchem Gelde im undevalvirten Werth bezahlen zu lassen.

III. Bedenken.

Ob das allgemeine und Teutsche Staats-Recht einem Landesherrn erlaubet, des gemeinen Bestens halber den Lauf der Justitz zu hemmen?

§. I.

Das: Fiat Justitia & pereat mundus; verdienet nicht jedesmal gebilliget zu werden. So unverantwortlich es ist, jemanden die rechtliche Hülfe zu versagen, weil durch die Handhabung der Gerechtigkeit die Richter Feindschaft auf sich laden mögten, so unverantwortlich ist es, das gemeine Beste der Convenienz einiger Bürger aufzuopfern, und um ihnen zu dem Ihrigen zu verhelfen, den Staat in die Gefahr zu setzen, grossen Schaden zu leiden. Wenn daher die Vollstreckung einer Urthel nicht geschehen kann, ohne einen Krieg zu veranlassen, dessen Ausgang zweifelhaft ist, und der dem gemeinen Wesen zum Verderben gereichen mögte, so muthet ein Mitglied desselben der Landesherrschaft höchst unbillig an, seines Privat-Vortheils halber solche Gefahr zu laufen. Denn ein jeder Bürger muß die gemeine Wohlfart seiner besondern vorziehen (a). Gleiche Bewandniß hat es, wenn schon nicht eben einen Krieg, jedoch andere dem Staat sehr nachtheilige Wirkungen der Gebrauch des strengen Rechts vermuthlich nach sich ziehet, wenn z. E. ein Bundesverwandter, dessen Freundschaft unentbehrlich, dadurch wider uns aufgebracht werden mögte, oder auch von jemanden Repressalien zu befürchten sind, der dadurch alles, was man wider ihn vornimmt, vereiteln, und den unserigen grössern Schaden zufügen kann, als denenselben unsere richterliche Verfügungen bringen würden. Es ist eine streitige Rechtsfrage: Ob Könige und Fürsten, deren Abgesandte und in ihrem Namen handelnde Bediente, wenn sie sich in eines andern Herrn Lande befinden, dessen Gerichtbarkeit unterworfen, und aus einem Contract daselbst belanget werden können! Dieses bejahen STRYCK *de Foro principum & privatorum communi c. 2. n. 38.* COCCEJUS *de Legato sancto non impuni c. 2. §. 16. 17.* IEYSER *Spec. 73. Med. 6.* FLEISCHER *de Juribus & Judice competente legatorum c. 2. §. 33.* GEISSEL *de Abusu fori deprehensionis in Germania c. 1. §. 4. 9.* und HELMERSHAUSEN *de Subjectione terri-*

territoriali personarum inprimis illustrium §. 26. Die Person des Fürsten und dessen Abgesandte sind hingegen nach der Lehre des PUFENDORF *de J. N. & G. Lib.* 8. *c.* 4. *n.* 21. LUDOLPH *de Jure Primogenituræ Part. Spec.* §. 7. PFEFFINGER *Vitriar. Illustr. Lib.* 3. *Tit.* 19. §. 3. *Lit. b.* BYNCKERSHOEK *de Judice competente Legatorum c.* 3. §. 4. 9. *c.* 9. §. 10. BARBEYRAC *ad Bynckershoek c.* 3. §. 10. CASSIUS *de Jure & Judicio Legatorum Sect.* 2. §. 25. NEUMANN *de Processu judiciario in causis Principum* §. 46., und der *Institutionum Juris Principum privati* §. 474. *Lit. b.* von dem Gerichtszwang fremder Landesherrn befreyet. Es will jedoch BYNCKERSHOEK *d. l. c.* 4. §. 2. 3. 4. 5. *c.* 16. §. 6. daß Schulden halber eines fremden Fürsten Güter zum besten der Unterthanen des Landes mit Arrest beleget werden können. Er führet an, daß es in den vereinigten Niederlanden vielfältig geschehen, und behauptet, ein Richter dürfte solche Rechtshülfe niemand versagen. Zugleich aber gestehet er, daß die General-Staaten aus politischen Ursachen die Arreste aufgehoben haben, womit Kayserliche und Königl. Spanische Güter von den Richtern beleget worden. Ein gleiches Recht kommt denjenigen, welche die gesetzgebende Gewalt in Händen haben, überall sowohl zu, als sie durch Ertheilung eines Indulti moratorii dem gerichtlichen Verfahren wider einen Schuldner Einhalt thun können.

(a) PUFENDORF *de I. N. & G.* Lib. 8. *c.* 5. §. 7. WOLF *Jur. Nat.* Part. VIII. §. 118. F. U. PESTEL *de Limitibus imperii eminentis* §. 3. LYNCKER *de potestate eminente Principis in judicio Part. Gen. c.* 2. §. 15. STIEGLITZ *de Jure imperantium in jus quæsitum subditorum* §. 17.

§. II.

Man mögte dafür halten, in Teutschland liesse sich solches deswegen nicht thun, weil, wenn ein Reichsstand jemanden rechtliche Hülfe versaget, die Reichsgerichte befugt sind, Mandata de administranda Justitia wider ihn zu erkennen, und dafern er selbige nicht befolget, die Sache vor sich zu ziehen, und darin zu verfügen, was recht ist. Wenn unter dem Vorwand, daß politische Ursachen solches erfordern, Rechtshändel der richterlichen Erkenntniß entzogen werden dürfen, so könne ein Reichsstand zum Nachtheil seiner Unterthanen verordnen, was ihm beliebet. Aber dahin gehet die Meynung nicht, wie aus meiner Rechtlichen Bedenken *II.* Theils *LXXX.* Bedenken §. 3. erhellet. Allerdings muß der Gesetzgeber bey dem Kayser und Reich, mithin den selbige re-

präsen-

präsentirenden höchsten Reichsgerichten sein Verfahren rechtfertigen. Dazu ist jedoch hinlänglich, daß er darthut, Land und Leuten werde durch die Handhabung der Gerechtigkeit geschadet, oder doch eine Gefahr zugezogen. Dessen Erheblichkeit leidet um desto weniger Zweifel, da selbst die höchste Reichsgerichte in solchen Fällen zu keiner Execution schreiten dürfen, sondern schuldig sind, die Sachen zuförderst an die Reichsversammlung zu bringen, und deren Resolution zu erwarten, welches auch vielfältig geschehen. Es schreibet hievon der Cammergerichts-Assessor von LUDOLF *de Jure camerali* Sect. I. §. I.: Largior dari causas, quarum decisio & executio certo respectu in publicas rationes universales ingreditur, atque eatenus Justitiæ causas ad negotia conventuum imperii deferri posse, & per Leges aliquando debere; und Herr MOSER in der Betrachtung des *Recursus* von den höchsten Reichsgerichten an den Reichs-Convent c. 5. §. 15.: „Die Sache wird zu einer Staats-Sache, wenn es zwey mächtige Partheyen mit einander zu thun haben, oder doch die Execution gegen eine mächtige und der Vollstreckung des Urthels sich widersetzende Parthey vorgenommen werden soll, deren man sich nicht Meister zu werden getrauet, oder woraus doch grosse Unruhen in dem Reich entstehen könnten. Alsdenn erfordert des Kaysers Obliegenheit, die Sache der Reichsversammlung vorzulegen, massen es auch nicht sowohl um Untersuchung der Hauptsache, und der Recht- und Unrechtmässigkeit des Verfahrens eines höchsten Reichsgerichts zu thun seyn würde, als vielmehr um Erhaltung Friede und Ruhe in dem Reich, und entweder gütliche Auseinandersetzung deren streitenden Partheyen, oder in dessen Entstehung, ob und wie die Execution vollstrecket werden solle?„ Kommt aber nicht in den Ländern, deren Herren mit einem Privilegio de non appellando versehen sind, die Erkenntniß, welche in solchen Sachen den höchsten Reichsgerichten zustehet, denjenigen Landesgerichten zu, die an deren statt angeordnet worden? Ich habe diese Frage unten in dem LXXXIV. Bedenken §. III. beantwortet.

§. III.

Einer gewissen Obrigkeit wurde angemuthet, eines fremden Fürsten in ihrer Stadt befindliche Effecten zur Sicherheit der Bürger, welche seine Gläubiger waren, mit Arrest zu belegen. Sie besorgte, daß solches dem gemeinen Wesen nachtheilige Folgen haben würde, und wandte sich daher, mit Vorbeygehung der höheren Gerichte, an die Landesregierung, fruge bey derselben an, wie sie sich zu betragen hätte, und erhielte Befehl, den Arrest nicht zu verhängen. Es entstund ein Zweifel, ob nicht vielmehr dem Judicio immediate superiori der Bericht zu erstatten, und dessen Instruction zu befolgen gewesen wäre?

Da man aber keine Decision der Frage begehrte: Ob der Arrest den Rechten nach zu erkennen sey? sondern ob die politische Umstände solches erlaubten, und nicht mehr Böses als Gutes daraus entstehen würde? dieses jedoch keinem Justitz-Collegio, sondern nur der Regierung zuverlässig bekannt seyn konnte, und solche Quæstio nicht juridica, sondern politica ist, die Unterobrigkeiten aber in Regierungs-Sachen sowohl unmittelbar unter der Regierung, als in Justitz-Sachen unter den höhern Gerichten stehen, und ihnen daher z. E. gleich andern Unterthanen erlaubet ist, vom Gesetzgeber eine authenticam interpretationem legis zu begehren, ohne sich deswegen zuförderst beym Oberrichter zu melden, so absehe ich nicht, wie man besagte Anfrage tadeln könne.

§. IV.

Begehret aber der Unterthan, welchem die rechtliche Hülfe des gemeinen Bestens halber versaget wird, nicht billig, daß ihn der Staat schadloß halte? Wenn die Forderungen liquid, zu selbiger sonst nicht zu gelangen, und das gemeine Wesen im Stande ist, denjenigen zu vergnügen, der das Seinige der gemeinen Wohlfahrt aufopfern muß, so ist allerdings der Billigkeit gemäs, daß es geschehe. Aber vielfältig wird die Schuld nicht ganz geleugnet, sondern der Arrest soll nur die Zahlung beschleunigen, mithin ist der Schade nicht sehr beträchtlich, welchen dessen Versagung dem Kläger zuziehet. Sollte er auch so groß seyn, daß es dem Staat unerträglich fallen würde, seine Bürger schadlos zu halten, so läuft es wider ihre Pflicht, darauf zu dringen (a).

(a) Wolf d. l. §. 119. Pestel d. l. §. 9. Dieser Rechtlichen Bedenken I. Theils XCII. Bedenken.

IV. Bedenken.

Wer vom unrechtmässigen Besitzer eines andern Sache gutgläubig gekaufet, und dadurch dem wahren Eigenthum zu selbiger wieder verholfen hat, dem ist dieser, was er dafür ausgeleget, zu ersetzen schuldig.

Als im jüngsten Kriege die Berg-Stadt Clausthal von den Franzosen verlassen wurde, musten deren Einwohner ihre Pferde hergeben, um die Bagage fortzubringen. Der General S. Victor versicherte, daß solche zurück gesandt werden sollten, und es war vom Feinde vorhin einigemal geschehen. Man behielte aber die Clausthalische Pferde 4 Tage im Französischen Lager zu Catlenburg.

Nach

Nach solcher Zeit verkaufte ein Braunschweigischer Jäger eines derselben, so dem Titio zuständig, an Cajum. Jener wollte es von diesem vindiciren, der aber einwandte, das Pferd habe der Jäger erbeutet. Durch seinen Kauf sey dasselbe gerettet, und deswegen müsse ihm Titius wenigstens bezahlen, was er dafür gegeben; dahingegen dieser behaupten wollte, weil die Franzosen sich der Pferde nicht angemasset hätten, so könne der Jäger auf keine erlaubte Weise daran gekommen seyn.

Nun ist den Rechten nach freylich niemand anzumuthen, das Seinige zu bezahlen (a), und dafern der Feind das Pferd zurück senden wollen, so konnte der Jäger es von selbigem nicht erbeutet haben, folglich war Titius immer dessen Eigenthümer geblieben. Wenn es in L. 6. ff. *de captivis & postliminio* &c. heisset: Mulier in opus salinarum ob maleficium data, & deinde a latrunculis exteræ gentis capta, & jure commercii vendita ac redemta in causam suam recidit. Coccejo autem Firmo Centurioni pretium ex fisco reddendum est; so wird nach der Meynung des VOETII *ad ff. Tit. de Reivindicatione* §. 9. vorausgesetzet, daß der Kauf in der ausdrücklich geäusserten Absicht geschehen, die Sache dem wahren Eigenthümer wiederum zuzustellen, weil solchenfalls eine Negotiorum gestio vorhanden sey. Cajus konnte aber nicht behaupten, daß er diesen Endzweck gehabt.

Allein es kommt nach dem Recht der Natur auf die Absicht des Käufers nicht an, sondern der Eigenthümer ist ihm dasjenige zu erstatten schuldig, was würklich zu seinem Besten verwandt worden (b). Der angeführte L. 6. enthält nichts hievon abweichendes. Er bestärket es vielmehr, massen darin keinesweges gesaget wird, daß der Centurio das Weib in der Absicht gekaufet hat, es nicht selbst zu behalten, sondern wieder dahin zu liefern, wo es die Räuber gefunden hatten. Auch derjenige ist ein Negotiorum gestor, welcher einem andern Vortheil schaffet, obwohl er den Vorsatz nicht gehabt, solches ohne Schuldigkeit zu thun (c). Wäre also der Eigenthümer vermuthlich um das Seinige kommen, oder hätte es doch nur mit Aufwendung so vieler Kosten wieder erlangen können, als das vom Käufer erlegte Kaufgeld beträget, mithin gereichet, was dieser gethan, zu jenes Vortheil, so muß solches Kaufgeld allerdings erstattet werden (d). In gegenwärtigem Fall wäre 1) wenn sich kein Käufer gefunden, das Pferd von dem Jäger ausser Zweifel weggeführet, und solchenfalls dem Titio nimmer zu Gesicht kommen. Hätte er aber auch den Ort dessen Aufenthalts ausfündig gemachet, so stunde es doch 2) ohne Weitläuftigkeit und Kosten nicht wieder zu erlangen, weil der Jäger gewiß eingewandt hätte,

daß es vom Feinde erbeutet sey, welches gar möglich, massen dessen Zurücksendung der Pferde selten so vollenkommen geschiehet, daß nicht etwas im Lauf bleiben sollte, und kann gar wohl ein übel berittener Franzose mit Genehmigung seiner Vorgesetzten sich des Pferdes bemächtiget, es nachmals aber in einer Action verlohren haben. Solches war 3) viel mehr wehrt, als Beklagter dafür bezahlet hatte, und also gereichte der Kauf dem Kläger zum Besten, welcher daher schuldig erkannt wurde, dem Beklagten das Kaufgeld zu erstatten.

(a) HEINECCIUS *ad Grotium de J. B. & P.* Lib. 2. c. 10. §. 9.

(b) GROTIUS *de J. B. & P.* Lib. 2. c. 10. §. 9. TESMARUS *ad Grotium* d. l. COCCEJUS *ad Grotium* d. l. PUFENDORF *de J. N. & G.* Lib. 4. c. 13. §. 13. HERTIUS *ad Pufendorf* d. l. Lit. b.

(c) COCCEJUS d. l. Lit. m. MANZIUS *de negotiorum gestoribus* num. 32. MULLER *ad Struv.* Ex. 7. §. 47. Lit. *α*.

(d) BRUNNEMANN ad L. 6. ff. *de captivis & postliminio* n. 4. & ad L. 2. Cod. *de Furtis & Servo corrupto* n. 1. STRUV Ex. 11. §. 37. MULLER *ad Struv* d. l. Lit. *δ*. LAUTERBACH C. T. P. *Tit. de Reivindicatione* §. 23.

V. Bedenken.

Die Bürgerliche Obrigkeit kann niemand ohne eine erhebliche Ursache das Bürgerrecht versagen.

Bürgermeister und Rath des im Amt Hoya belegenen Fleckens Bücken verweigerten dem reitenden Voigt Ziegler, der daselbst ein bürgerliches Haus besaß, das Bürgerrecht, und beym KLOCK Tom. I. Conf. 29. n. 1039. wird dafür gehalten, aliquem in civem recipere jus meræ facultatis esse. Ich absehe jedoch nicht, wie solches, bevorab von mittelbaren Obrigkeiten, behauptet werden könne. Es ist ein Misbrauch ihrer Gewalt, wenn sie die Anzahl der Bürger nicht zu vermehren suchen. Die höchste Reichsgerichte erlauben so gar solche Verweigerung keiner Reichsstadt, und das Kayserl. Cammergericht hat 1758. in Sachen Reisgen wider Aachen diese Stadt schuldig erkandt, einen Reformirten als Bürger aufzunehmen, weil die Aufnahme pro re meræ gratiæ nicht zu halten, sondern öfters auf einen Abusum ordinandi rempublicam hinaus läuft (a). Vielweniger kann sich also eine Municipal-Obrigkeit solche Gewalt anmassen

massen, und man beschweret sich billig über deren Misbrauch bey den Obern (b), welcher vielfältig auf einen der gemeinen Wohlfahrt nachtheiligen Privat-Nutzen der Bürger abzwecket. Es wurde daher von Königl. Hannöverscher Justiz-Canzley 1763. erkandt, „daß der Voigt Ziegler, nach Erlangung des ihm nicht zu versagenden Bürgerrechts, von seinen Bürgerstetten so viel Vieh, als andere Bürger auf die gemeine Weide zu treiben befugt.„

Sollten aber politische Ursachen einer solchen versagten Aufnahme angeführet werden, alsdenn sind diese nicht von den Gerichten, sondern von den Regierungs-Collegiis zu beurtheilen.

(a) Herr B. von CRAMERS Neben-Stunden Part. XI.

(b) RHETIUS *de Juris Civilis præcognitis* Part. II. c. 1. §. 11.

VI. Bedenken.

Wie fern währenden Krieges die Verjährung läufet?

§. 1.

Einige vermeynen, daß währenden Krieges der Lauf der Verjährung nur gehemmet werde, wenn die Gerichte geschlossen sind.

Der jüngste, einen grossen Theil Teutschlandes höchstverderbliche Krieg, hat nicht selten die Frage veranlasset: Ob während desselben die Verjährung gelaufen? und sie wird noch öfter entstehen. Diejenige, welche solches verneinen, gründen sich in Cap. 10. X. de Præscriptionibus, welches will, præscriptionem hostilitatis tempore non currere; wie auch im Reichs-Abschiede von 1654. §. 172. worin es also lautet: „So viel nun die Capitalia anlanget, sollen erstlichen dieselbe einem jeden Creditori unversehret, und ohne einige Abkürzung richtig verbleiben, und hierwider keine Præscription oder Verjährung wegen der bey währendem Kriege unterlassenen Forderung der Zinsen oder Capital angezogen noch gelten, jedoch fürs andere von den Creditoribus, die sonsten aufkündliche Capitalia vor 3 Jahren a dato dieses Reichs-Tages nicht aufgekündet werden.„ Man wendet aber dawider ein, es setze das Päbstliche Recht einen solchen Krieg voraus, welcher den Gerichten ihre habende Gewalt entziehet, mithin es unmöglich machet, richterliche Hülfe zu erlangen, wie denn Gonzalez TELLEZ ad d. cap. num. 5. dessen Disposition darin gründet, quod tempore hostilitatis jus non dicitur, nec datur facultas agendi in judicio. Ein solches Justitium hat aber der lezte Krieg sehr selten veranlasset, sondern die Gerichte sind in den Chur-Braunschweigischen Landen währender feindlichen Oc-

cupation von den Franzoſen nicht behindert, Recht und Gerechtigkeit zu handhaben. Der Reichs-Abſchied handelt ausdrücklich nur von den Zeiten des 30jährigen Krieges und von Geld-Schulden. Es ſind auch ſchlechte Gründe, welcher wegen TEXTOR ad R. J. N. Diſſ. 14. §. 44. ihn auf den Fall ausdehnet, wenn zu Kriegeszeiten richterliche Hülfe zu erlangen geweſen, quia nempe 1) beneficia Principum ſunt latiſſime intelligenda, & 2) intentio ſtatuentium fuit, præſcindere omnem occaſionem ulteriorum tumultuum, qui alioquin inter creditores ac debitores enaſci poſſent per K. J. §. 170. Denn 1) findet die latiſſima interpretatio beneficiorum nur ſo fern Platz, als ſie zum Nachtheil des Fürſten gereichet, welcher jemand eine Wohlthat erweiſen wollen, nicht aber, wenn einem andern etwas dadurch entzogen werden ſoll (a). Es ergeben ferner 2) die Reichstags-Handlungen, wie man keinesweges übele Folgen und Unruhe gefürchtet, wenn der Curſus præſcriptionis nicht überall gehemmet wurde. Der Kayſer und das Reich beſorgten, es mögte die Beytreibung der im 30jährigen Kriege unbezahlet gebliebenen Zinſen bey dem damaligen erbärmlichen Zuſtand die Debitores völlig übern Haufen werfen, und vielleicht zur Verzweifelung und Aufruhr bringen, oder auch die unſchuldige Creditores durch gänzliche Vorenthaltung deſſen, was ihnen von Rechtswegen gebühret, zu einer gleichmäſſigen gefährlichen Entſchlieſſung bewegen (b). Der Präſcription halber etwas zu verfügen, darauf dachte man zu ſelbiger Zeit noch nicht, ſondern es wurde erſt nachher vom Teutſch-Meiſter in Vorſchlag gebracht, und von den übrigen Ständen genehmiget (c). Die Meynung der Rechtsgelehrten ſcheinet daher Beyfall zu verdienen, welche, um den Lauf der Verjährung zu hemmen, erfordern, daß keine richterliche Hülfe zu erlangen geweſen (d).

(a) SCHILTER *Ex. I.* §. 22. LEYSER Spec. 10. Med. 3. 5.

(b) MEIERN *Acta Comitialia Ratisbonenſia* Part. I.

(c) *Ibid.*

(d) STRUV. *Ex.* 43. §. 26. und daſelbſt MULLER. RICHTER Vol. II. Conſ. 66. n. 8. SCHILTER Ex. 45. §. 59. LAUTERBACH *C. T. P. Tit. de Uſurpationibus & Uſucapionibus* §. 32. TITIUS Jur. priv. Lib. 2. c. 10. §. 8.

§. II.

Die widrige Meynung iſt den Rechten gemäs.

Dieſe Einſchränkung der Regul findet ſich aber ſo wenig im Jure Canonico, als im Reichs-Abſchied von 1654., und wenn in einem Lande das Kriegesfeuer

gesfeuer brennet, so sind die Partheyen gemeiniglich auſſer Stande, Processe zu führen, obgleich die Gerichte ihnen offen stehen. Der Mangel des erforderten Geldes, die Unsicherheit der Wege, die Furcht, darin man lebet, von Haus und Hof vertrieben zu werden, und die Noth, welche manche zwinget, solche zu verlassen, entschuldigen es hinlänglich, daß die Angelegenheiten der Leute nicht gebührend besorget werden, wie denn solcherwegen währenden Krieges die Gerichte nicht leicht jemand Restitutionem in integrum contra lapsum fatalium versaget haben, wenn er gleich keine andere Causales angeführet. Wollten selbige den Beweis der Hinderniſſe in jedem Fall fordern, so häuften sie die Rechtshändel, zum Verderben vieler Unterthanen. Man vermuthet billig, was den mehresten widerfähret, und die wenigste Einwohner des Landes bleiben von dem Ungemach des Krieges befreyet.

Der Reichs-Abschied von 1654. handelt freylich nur vom 30jährigen Kriege. Der Herr B. von CRAMER will aber *Tom. II. Obs.* 752. §. 9., daß man per identitatem rationis daraus auf andere gefährliche Kriege argumentiren könne, und es bedarf dessen nicht, wenn vorausgesetzet wird, daß die Päbstliche Rechte den Cursum præscriptionis tempore hostilitatis hemmen (a).

(a) Dieser Meynung pflichten bey MEVIUS P. IV. Dec. 311. num. 3. STRYCK U. M. ff. Tit. *de Usurpationibus & Usucapionibus* §. 8. PHILIPPI *de Præscriptione dormiente* c. 3. §. 5. HARPPRECHT Conf. 30. n. 438. 439. 440. 441. BOEHMER *de Eo quod durante justitio justum est.* c. 2. §. 14. 15.

§. III.

Eine andere Frage aber ist es: Ob in allen Ländern der kriegführenden Mächte dieses Recht seine Anwendung findet? Daß der Reichsabschied von 1654. in ganz Teutschland währenden Krieges die Exceptionem præscriptionis entkräftet, daran zweifele ich nicht, wohl aber, daß in den Ländern, worin nach dem 30jährigen Kiege weder Krieg geführet worden, noch ein feindlicher Ueberfall zu besorgen war, jemand sich mit den Kriegesläuften behelfen könne, wenn sein Landesherr im Kriege befangen gewesen. Ich glaube es gern, wenn der Feind sich im Lande, oder dergestalt in der Nachbarschaft befindet, daß ein Ueberfall zu fürchten. In dessen Entstehung absehe ich aber nicht, wie es jemand behindern könne, seine Rechte auszuführen, wenn in einer beträchtlichen Entfernung feindliche Kriegesheere stehen, oder auch Partheyen streifen. MEVIUS *Part. VIII, Dec.* 279. billiget diese Meynung also: Non satis est appare-

Jedoch nur in den Fällen, wenn in einem Lande Krieg geführet worden, oder ein baldiger feindlicher Ueberfall zu besorgen gewesen.

re

re de bello, ſed oportet etiam judici conſtare, illud eſſe cauſam non agendi. Der Reichsabſchied von 1654. will allerdings, daß in ganz Teutſchland die Verjährung währenden 30jährigen Krieges gehemmet werde. Beſage Reichstags-Protocolli vom 15ten April 1654. votirte Altenburg: „Daß man ein durchgehendes dieſes Orts machen muſte, ne lites ex lite fiant „ (a) und GRASS d. l. ſchreibet hievon: Hic ſcopus (præſcindendi omnium ulteriorum litium, diſcordiarum ac tumultuum occaſionem) vel plane non, vel ſaltem difficillime hac in parte obtineri poſſet, ſi adhuc dum diſputare liceret, an in hoc vel illo loco ſtatus durior aut gravior, hoc vel illo tempore fuerit, an tolerabilior & remiſſior. Aber davon iſt die Frage nicht, ſondern ob von der Kriegslaſt ganz Befreyeten die Rechtswohlthaten angedeihen müſſen, welche denen beygeleget worden, die ſolche erduldet haben? Nach einem 30jährigen Kriege fiel es ſchwer zu erweiſen, wie in ſo geraumer Zeit es an jedem Ort beſchaffen geweſen. Viel leichter läſſet ſich ausfündig machen, in welchen Umſtänden er ſich von 1757. bis 1763. befunden.

(a) MEIERN d. l.

VII. Bedenken.

Vom Köhr-Recht.

§. I.

Das Köhr-Recht iſt im Fürſtenthum Grubenhagen hergebracht.

In ganz Teutſchland ſtunde vor Alters dem jüngſten Kinde das Köhr-Recht zu, vermöge deſſen ihm Haus und Hof verbliebe, und ſeine Geſchwiſter ſich mit Gelde muſten abfinden laſſen (a). Nicht nur der jüngſte Sohn, ſondern auch die jüngſte Tochter gebrauchte ſich deſſen (b). Noch heutiges Tages iſt dieſes Recht an vielen Orten in Niederſachſen und Weſtphalen unter Bürgern und Bauren üblich (c). Im Fürſtenthum Grubenhagen wurde dargethan, das 1731. der Schulze Jungebehr ſeiner jüngern Schweſter das Haus zu Ebergötzen deswegen ſtreitig gemachet, weil es demſelbe vom Vater vermachet worden. Das Amt erkandte ihm ſolches zu, weil die Schweſter vom Hofe abgefreyet, und ſich alſo ihres Köhr-Rechts verluſtig gemacht habe. Im Jahr 1748. begehrte Marie Eliſabeth Brummert dieſes Recht an dem väterlichen Hauſe zu Ebergötzen. Der ältere Bruder räumte ein, daß es ihr zukomme, und gab derſelben etwas für den Abſtand. Im Jahr 1752. ſtellete Tolle in keine Abrede, daß ſeiner jüngſten Schweſter das Haus zu Ebergötzen gebühre. Er wollte aber behaupten, ſie müſſe mehr dafür geben, als das Æſtimatum betrüge. Das Amt erkandte eine anderweite Taxation. Die Sache wurde aber verglichen. (a)

(a) PHILIPPI *de Subhaſtationibus* C. 4. Comm. 14. n. 2. 3. Herr B. von CRAMER in den Nebenſtunden Part. VII.

(b) BEYER *de Proverbio: Major dividit, minor eligit* c. 2. §. 6.

(c) BEYER Spec. Jur. Germ. Lib. 2. c. 13. §. 6. MEINDERS *de Origine & Conditione hominum & bonorum emphyteuticorum.* NOLTEN *de Juribus & Conſuetudinibus circa Villicos.* MASCOV *Notitiæ Juris & Judiciorum Brunſuico-Luneburgicorum* Part. IV, c. 13. §. 16. ENGAU *Elem. Jur. Germ.* Lib. 2. §. 506.

§. II.

In Sachen Jungebehr wider Nolten truge die ältere Schweſter auf eine Subhaſtation an. Wenn aber dieſe Platz findet, ſo kann der jüngern das Köhr-Recht immer zu Waſſer gemachet werden. Hingegen iſt jene befugt, das Gut für einen höhern Werth anzunehmen, wenn die jüngere ſolchen nicht erlegen will. Zwar wurde eben angeführtem nach Tolle 1752. vom Amt Radolfshauſen mit einem ſolchen Erbieten abgewieſen. Aber ein Rechtsſpruch erweiſet keine Gewohnheit. Nach den Teutſchen Rechten beſtimmet ein Erbe den Werth der Sache, und nimmt ſie dafür an, wenn der andere ſich weigert, ſolches zu thun. Auch die Römiſche Rechte billigen dem plus offerenti coherendi eine Rem communem indiviſibilem zu (a). Die jüngſte Tochter hatte dieſes Recht der ältern in actis erkandt, indem ſie geſchrieben: „Facta æſtimatione iſt den Miterben unbenommen, ein Mehreres zu bieten, und zu erwarten, ob derjenige, dem das Köhr-Recht zuſtehet, das Grundſtück für ſolches Gebot annehmen, oder den mehrbietenden Miterben überlaſſen wolle.„ Es wurde daher 1765. von Königl. Hannöverſcher Juſtitz-Canzley in Sachen Jungebehr wider Nolten erkandt, daß zwar allerdings des Imploraten Ehefrau (der jüngern Tochter) die Oel- und Schneidemühle qu. vermöge des hergebrachten Köhr-Rechts, gegen Erlegung des Taxati gebühret. Wollte jedoch des Imploranten Ehefrau ein mehreres dafür entrichten, als das Taxatum beträget, und die Imploratin geben will, ſo iſt ihr ſolche Mühle zu überlaſſen.

Solches verſtattet keine Subhaſtation der Güter.

(a) L. 3. *Cod. Communi dividundo*, dieſer Rechtlichen Bedenken II. Theils XXVIII. Bedenken.

VIII. Bedenken.

Von Vertheilung des Gebrauchs der Gemeinheiten.

Im Clösterlichen Dorf Loccum hatten von Alters die Halbmeyer und Köhter so viel Kriegerfuhren gethan, als die Vollmeyer; dagegen aber war von jedem Hause ohne Unterschied ein Schwein in die Mast getrieben. Währenden Krieges fiele jenen diese Last unerträglich. Sie beschwerten sich darüber bey dem Clösterl. Gericht, und selbiges verfügte am 23ten Jun. 1760. „daß künftig der Meyermann aus der gemeinen Nützung an Holz, Torf und Weiden, doppelt so viel, als der Halbmeyer, und dieser noch einmal so viel, als der Köhter und Brinksitzer zu geniessen haben, in solcher Proportion aber auch ein jeder in seiner Classe die vorfallende Arbeit zu verrichten schuldig seyn, und wegen der Kriegerfuhren es bey dem im Fürstenthum Calenberg geordneten Regulativo bleiben solle.„ Nach dem Kriege wollten die Halbmeyer und Köhter, daß, dem ehemaligen Herkommen gemäs, von jedem Hause ein Schwein getrieben werden solle, und stelleten wider eine Clösterl. Resolution vom 21ten Sept. 1761. bey Königl. Hannöverscher Justitz-Canzley Querelam nullitatis an. Der Gandersheimische Landtags-Abschied von 1601. Art. 16. verordnet nun allerdings, daß es der Mastung halber bey jedem Orts Herkommen und Gebrauch gelassen werden solle. Diese Verordnung bestätiget der Hannöversche Landtags-Abschied von 1639. Art. 12. und sie ist den Rechten gemäs (a). Es halten auch nicht wenige Rechtslehrer dafür, daß der Dorfschaften gemeiner Weide (b) und Holzungen (c) Genuß zwischen sämtlichen Einwohnern gleich zu vertheilen sey, mithin dem Köhter so viel davon gebühre, als dem Meyer. Allein das Herkommen ist auf der Halbmeyer und Köhter Verlangen zu der Zeit geändert, wie es ihnen misfiele, den hergebrachten schweren Dienst währenden Krieges zu leisten, und die an dessen Statt von der Obrigkeit gemachte Verordnung untadelhaft. Denn es wird billig bey Vertheilung des Genusses der Gemeinheiten auf die Lasten Rücksicht genommen, welche jedes Glied der Gemeinde träget. Die Holzungen und Weiden sind Zubehörungen der Meyergüter, und da der Meyer eine grössere Anzahl Vieh halten, auch gemeiniglich mehreren Personen die Kost schaffen muß, als der Köhter, mithin mehreres Holz und mehrerer Weide und Mastung bedarf, so ist zu vermuthen, daß ihm vom Gutsherrn eine größere Quantität der gemeinen Nützungen beygeleget worden (e), mithin wenn neue Eintheilungen zu machen, auch dieses Principium zum Grunde zu legen. Die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley erkandte daher am 5ten April 1764. „daß wenn gleich den

Appel-

Appellanten und Querulanten die Rechtskraft des protocollarischen Bescheides vom 23ten Jun. 1760. nicht entgegen stünde, jedennoch wegen Ohnerfindlichkeit der angeblichen Nullitäten und befundenen Ungrund der angebrachten Beschwerden, bey dem vom Richter voriger Instanz gemachten Regulativo und ertheilten Decretis es lediglich zu lassen, und solche zu bestätigen.„ Als hierauf die Halbmeyer und Köhter sich an das Königl. Ober-Appellations-Gericht wandten, versagte ihnen solches die begehrete Processe.

(a) KREBS *de Ligno & Lapide* Class. I. Part. IV. Sect. 17. §. 4. n. 4. SCHOEPF *de Bonis universitatum* §. 14.

(b) BERLICH Part. II. Concl. 49. n. 19. 20.

(c) LEYSER *Jur. Georg.* Lib. 3. c. II. n. 74. SCHOEPF d. l. §. 15. RODIG *de Jure privatorum circa Sylvas inprimis cæduas admodum restricto* §. 22.

(d) MANZIUS *Decis. Palat.* Qu. 14. n. 10. II. TENZEL *de Eo quod justum est circa prata* th. 2. not. 3.

(e) STRUV *de Jure Ovium* Sect. 3. c. 2. LEYSER d. l. c. 10. n. 5. KREBS d. l. Sect. 3. §. 20. n. 4.

IX. Bedenken.

Von dem Recht, Tauben zu halten.

Die Tauben suchen vielfältig ihre Nahrung mehr auf anderer Leute Aeckern, als denjenigen, die deren Eigenthümern zustehen, welches jenen zum Nachtheil gereichet. Da sie solches nicht anders behindern können, so mögte man dafür halten, es sey ihnen erlaubet, die Tauben auf den ihrigen todt zu schiessen, oder mit Netzen zu fangen. Als Rieseberg, der einen Canzleysässigen Hof in dem Gräfl. Hoyaischen Amt Ehrenburg besitzet, solches gethan, verklagte ihn deswegen sein Nachbar, Cord Muhl bey Königlicher Hannöverscher Justiz-Canzley, und das Schiessen wurde gemisbilliget. Denn da kein Gesetz den Unterthanen verbietet, Tauben zu halten (a), so darf es auch niemand behindern, und eines andern Tauben tödten (b). Wie man solche auf seinen Aeckern dulden muß, so ist der Nachbar auf den seinigen ein gleiches zu verstatten schuldig, und wer keine Tauben hält, da er es thun könnte, muß sich selbst beymessen, daß ihm der daher andern entstehende Vortheil nicht auch angedeihet. Das

Wild thut auf manchen Aeckern grossen Schaden, und doch darf es niemand zum Nachtheil der zur Jagd Berechtigten schiessen, ja nach der Fürstl. Braunschweig-Wolfenbüttelschen Landes-Ordnung Art. 45. nicht einmal mit Büchsen schüchtern. Das Schiessen zahmer Tauben ist in den Fürstenthümern Calenberg und Grubenhagen durch die Verordnungen von 1699. und 1714. verboten (c), wie auch in der Fürstl. Wolfenbüttelschen Landes-Ordnung Art. 46, folglich muß es erlaubet seyn, sie zu halten.

Billig aber wird solches niemand verstattet, der nicht in der Nachbarschaft Aecker besitzet (d). Die Magdeburgische Policey-Ordnung cap. 20. §. 20. disponiret davon also: „So soll auch kein Bürger, der nicht Aecker im Felde hat, in der Stadt Tauben halten.„ Die Chur-Cöllnische des Herzogthums Westphalen verbesserte Policey-Ordnung von 1732. verbietet solches Tit. 32. §. 2. 3. den Bauren folgendergestalt: „Denen Hausleuten auf Dörfern wollen wir hiemit Tauben zu halten, verboten haben, und da sie dagegen handeln, sollen denenselben dieselbe todt geschossen, und sie anbey gebruchtet werden, übrigens aber das Taubenschiessen und Fangen hiemit abgethan seyn, und die Uebertreter jedesmal mit 3 Mark abgestrafet werden.„

Diejenige, welche Tauben halten dürfen, müssen jedoch die Anzahl nicht zu sehr vermehren. In den Sachsen-Gothaischen, Altenburgischen und Weimarschen, auch den Würtenbergischen Landes-Ordnungen ist versehen, daß jedweder auf eine Hufe Landes 8. Paar Tauben, wer aber keine halbe Hufe besitzet, gar keine halten möge (e). Wenn auch kein solches Gesetz in einem Lande vorhanden, so kann dennoch die Obrigkeit das zum Schaden der Nachbaren gereichende übermässige Taubenhalten, verbieten (f). Deswegen erkandte die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley in obangeführter Sache am 12ten Jul. 1764., „daß Beklagter, wie viel er oder die Seinige von des Klägers Tauben getödtet, eydlich anzugeben, und demselben deren Werth zu erstatten schuldig, hingegen aber der Kläger nur befugt sey, künftig eine mässige Anzahl Tauben, nach Proportion der cultivirenden Aecker, zu halten.„

(a) SPEIDEL *Spec. Jurid. Voc.* Tauben. KRESS *in Spec. Jurisprud. Lib.* I. *Tit.* I. §. 17.

(b) MULLER *de Jure Columbarum* th. 6.

(c) Chur-Braunschweigische Landes-Ordnungen Cap. 2. p. 675. 699.

(d) MOR *de Jure venandi* Part. I. c. 3. n. 22. LEYSER Sp. 440. Coroll. I.

(e) Es-

(e) ESBACH *ad Carpzov* Part. IV. Conſt. 36. Def. 5. LEYSER *Jur. Georg.* Lib. 2. c. 20. n. 20.

(f) KNICHEN *de Jure territorii* c. 4. n. 414. 421. KLINGNER im Dorf- und Land-Recht Part. II.

X. Bedenken.

Wenn der Schuldner weiß, daß ſeine Schuld jemanden verhypotheciret worden, und gleichwohl ohne deſſen Vorbewuſt ſie dem Gläubiger bezahlet, ſo befreyet ihn ſolches nicht, ſondern er muß dem ohngeachtet den Creditorem hypothecarium vergnügen.

Es heiſſet in L. 4. Cod. *quæ res pignori obligari &c.*: Nomen quoque debitoris pignorari & generaliter & ſpecialiter poſſe, jam pridem placuit. Quare ſi debitor is ſatis non fecerit, cui tu credidiſti, ille cujus nomen tibi pignori datum eſt, niſi ei cui debuit, ſolvit, *nondum certior à te de obligatione tua factus*, utilibus actionibus ſatis tibi facere usque ad id quod tibi deberi a creditore probaveris, compelletur, quatenus tamen ipſe debet. Dieſe Verordnung iſt ſo klar, daß niemand zweifelt, es ſey nicht zu entſchuldigen, wenn der Schuldner ſeinen Gläubiger vergnüget, obwohl demſelben der Creditor hypothecarius das ihm an dem Capital zuſtehende Recht bekannt gemachet hat. Darüber ſind aber die Rechtslehrer nicht einig: Ob die Denunciation von dem leztern geſchehen müſſe, oder genug ſey, daß die Verhypothecirung dem Schuldner auf andere Weiſe bekannt worden? Die das erſte behaupten wollen (a), gründen ſich darin, daß der Imperator ſaget, es dürfe der Schuldner dem creditori pignoratitio nicht zahlen, ſi ab eo certior factus eſt de ſua obligatione. Hingegen halten andere dafür, es ſey zu Begründung der Klage hinlänglich, wenn dem Schuldner auch auf andere Weiſe das Recht des Creditoris hypothecarii zur Wiſſenſchaft gelanget iſt (b). Herr HELLFELD de Hypotheca mobilium. c. 3. §. 19. ſchreibet hievon: Si debitor non ignorat hypothecæ conſtitutionem, & nihilominus ſolvit, in dolo eſt, doloque poſſidere deſiit. Qui dolo poſſidere deſiit, pro poſſeſſore ex juris fictione habetur, & ſic omnino debitor, qui ſciens nomen oppignoratum ſolvit, actione reali conveniri poteſt, ut rurſus ſolutionem præſtet. Ich pflichte dieſer Meynung, und zwar deswegen bey, weil 1) der L. 4. ein Reſcriptum enthält, welches von einem gewiſſen Caſu handelt. In dieſem war keine Frage von denjenigen, qui ſciverat jus creditoris, notitiam autem aliunde, quam ab illo conſe-

cutus erat, und deswegen entscheidet er auch dieselbe nicht (c). Wenn 2) der Debitor solcher erlangten Wissenschaft ohnerachtet seinen Gläubiger bezahlen dürfte, so wäre die blosse Denunciation desjenigen, dem das Nomen verhypotheciret war, unzulänglich, die Zahlung zu behindern, sondern er müste eine gerichtliche Inhibition auswirken. Die Rechte setzen überhaupt voraus, daß der Schuldner widerrechtlich handelt, der das Geld zu jemandes Nachtheil einem hingiebet, der davon nicht disponiren kann, und solchergestalt die Oppignoration ungerechter Weise vereitelt. Diesem tritt 3) hinbey, daß es in *L.* 17. *ff. de Transactionibus* heisset: Venditor hereditatis emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditatis, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emtor hereditatis hoc debitum exigere velit, exceptio transacti negotii *propter ignorantiam suam* accommodanda est. Allwo die Ignorantia des Schuldners zur Befreyung, und keine Denunciatio emtoris erfordert wird. Als demnach der Hauptmann von Ilten die seiner Schwester der Amtsvögtin von Bothmer schuldige, dem Hofrath von Bothmer verhypothecirte Erb-Portion ihr entrichtet hatte, wurde ihm darüber ein Eyd zugeschoben, ob er nicht gewust, noch ihm von seiner Schwester, oder sonst jemand gesaget sey, daß jene von dem Hofrath von Bothmer Geld geliehen, und ihm dafür ihre Erb-Portion verhypotheciret habe? auch durch die Urthel vom 26ten Sept. 1764. demselben injungiret, seine Erklärung und habende Nothdurft darauf einzubringen.

(a) FABER *in Cod.* Lib. 8. Tit. 14. Def. 2. LENZIUS *de Nominibus & actionibus cessis* c. 31. Membr. 2. n. 20. 21. 22. HOFMANN *de Hypotheca nominum* §. 29.

(b) FACHINEUS Lib. 3. Controv. 94. DONELLUS und HILLIGER *in Duello enucleato* Lib. 15. c. 43. Lit. n.

(c) In Rescriptis Codicis, quæ sunt ad factum certum, definitiones haud sunt restringendæ ad casus propositos NOODT ad ff. *Tit. de Legibus. Tit. de Divisione rerum. Tit. de Negotiis gestis.*

XI. Bedenken.

Wider denjenigen, welcher eine ihm geschenkte Sache jemanden zu gewisser Zeit auszuantworten versprochen hat, findet nicht nur die condictitia actio, sondern auch die Reivindicatio Statt.

Es hat D. Heinrich Julius Meyenberg dem D. Friedrich August Deneke seine Haab und Güter geschenket, ihn aber verpflichtet, des Pastoris August Friedrich Meyenberg Kindern nach des Donatoris Tode 800. Rthlr. zu entrichten. Dessen weigerte sich des Donatarii hinterlassenen Sohns Vormund, weil besagte Kinder die Schenkung nicht acceptiret hatten. Es heisset aber in *L.* 3. *Cod. de Donationibus quo sub modo &c.*: Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id, quod donatum est, alii restituatur, veteris juris auctoritate rescriptum est, si is, in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei, qui liberalitatis autor fuit vel heredibus ejus condictitiæ actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna juris interpretatione Divi Principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accomodatur. Da denn ausdrücklich gesaget wird, quamvis tertius stipulatus non sit, illi tamen ex benigna juris interpretatione Principum competere actionem utilem, quæ competebat donatori. In dergleichen Schenkungen leidet also die Regula juris Romani, quod alteri per alterum non possit acquiri obligatio, einen Abfall (a), welche in den Teutschen Rechten überall keinen Grund hat (b).

Die mehreste Rechtsgelehrte gehen aber noch weiter, und wollen, daß der Donatarius Reivindicationem anstellen könne (c). Es ist in jure nichts ungewöhnliches, solches demjenigen zu verstatten, der kein Eigenthum hat (d), und da vermöge *L.* 1. *Cod. de Donationibus, quæ sub modo &c.* das Dominium pristinum, wenn der Schenkung nicht gelebet wird, dem Donatori wieder heimfällt, vermöge L. 3. d. t. aber die demselben competirende Action derjenige anstellen kann, cui a Donatario est aliquid restituendum, so ist es ganz natürlich, daß selbiger vindiciren mag, was ihm gebühret. Daher wurde Beklagter 1765. schuldig erkandt, dem Kläger die 800. Thlr. cum usuris a tempore moræ zu entrichten.

(a)

(a) LEEUWEN ad L. 3. Cod. *de Donationibus, quæ ſub modo &c.* CARPZOV Part. III. Conſt. 8. Def. 22. BRUNNEMANN ad L. 3. C. *de Donationibus, quæ ſub modo &c.* n. 5. WILDVOGEL *de Fideicommiſſis familiarum nobilium conventionalibus* c. 1. §. 25. F. G. STRUV *de Donatione oneroſa* th. 30. 33.

(b) STRYCK U. M. ff. *Communia prædiorum* §. 5. BOEHMER *de jure ex pacto tertii quæſito* c. 1. §. 5. c. 2. §. 4. 5. Herr B. von CRAMER in den Nebenſtunden Part. XIV. Herr von PUFENDORF Tom. II. Obſ. 38. §. 20.

(c) MANTICA *de Tacitis & ambiguis conventionibus* Lib. 13. Tit. 48. n. 3. FUSARIUS *de Subſtitutionibus* Qu. 14. n. 1. 2. FABER *in Cod.* Lib. 8. Tit. 38. Def. 12. LYNCKER Vol. I. Reſp. 3. n. 6. JCti HALLENSES Tom. I. Lib. 3. Conſ. 77. n. 12. 13. 20. STURM *de Emtionibus Venditionibus & Donationibus ſub modo* §. 15. F. G. STRUV d. l. th. 33.

(d) MANTICA d. l. STRUV Ex. II. Th. 6. LAUTERBAH C. T. P. *de Reivindicatione* §. 6.

XII. Bedenken.

Ein Gaſtwirth iſt wegen rückſtändigen Koſtgeldes, nach entſtandenem Concurs, in die vierte Claſſe der Gläubiger zu ſetzen, und alſo vor den Chirographariis zu befriedigen, wenn gleich andere Gläubiger einen Arreſt ausgebracht haben.

Der geweſene Stallmeiſter beym Engliſchen Train, Vorſtius, hatte von dem Kaufmann Schachtrup zu Clausthal für 91 thlr. Waaren empfangen, daher, als ſelbiger weggehen wollte, beſagter Kaufmann auf ſeine in des Gaſtwirths Mollen Hauſe befindliche Equipage einen Arreſt ausbrachte. Dem ohnerachtet verkaufte Molle des Vorſtii Pferd, und als deswegen ſeine Verantwortung erfordert wurde, führte er an, Vorſtius, welcher nebſt Leuten und Pferden eine geraume Zeit in ſeinem Hauſe logiret, ſey ihm 176 thlr. 16 gr. ſchuldig worden. Er habe ſich deswegen mit ihm gütlich verglichen, und dieſer zu ſeiner Befriedigung freywillig ein Pferd ſamt der Equipage zurückgelaſſen, auch darüber einen Schein ausgeſtellet. Dieſes alles ſey geſchehen, ehe Schachtrup

den Arrest ausgebracht, und da ihm das Pferd zur Last gestanden, so habe er es für 130 thlr. verkaufet, mithin 46 thlr. an seiner Forderung eingebüsset. Hierauf wurde von Richter und Rath zu Clausthal am 22sten Octobr. 1762. erkandt: „Weil des Beklagten seine Forderung auf 176 thlr. 16 gr. grösstentheils solche Posten begreifet, welche nach der Königl. Verordnung vom 27sten Nov. 1736. denen Militair Personen nicht creditiret werden sollen; hiernächst die in den Rechten bekannte Verordnung, daß denen Locatoribus prædiorum urbanorum tacita hypotheca legalis in bonis conductoris in domum, cellam, aliamve rem conductam invectis & illatis pro mercede competiret, allhier keine Application finden kann, nicht weniger auch das Jus retentionis gar sehr von dem Jure hypothecæ unterschieden ist, so kann dem Beklagten kein Pfand- und Vorzugs-Recht an des Stallmeister Vorstius zurückgelassenen Effecten zu statten kommen, sondern, weil dieser in Ansehung beyder Theile Debitor communis ist, als sind sowohl der Kläger als der Beklagte pro rata ihrer Forderungen von dem vor die verkaufte Effecten aufgekommenen Gelde zu befriedigen, und da Beklagter nach seinem Geständnis dafür 130 thlr. empfangen, so ist er dem Kläger die Ratam davon mit 44 thlr. 8 gr. 4 pf. herauszugeben schuldig, compensatis expensis. „ Von diesem Judicato appellirte Molle an die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley, und diese erkandte am 4ten May 1763: „Nachdemmalen dem Beklagten und Appellanten nicht nur ein Jus retentionis, sondern auch eine Hypotheca tacita in rebus invectis des Stallmeister Vorstius allerdings zugestanden, nicht weniger vom letztern dessen Pferd samt Zubehör unterpfändlich überlassen worden, sothanen Juri quæsito anteriori aber durch den von Klägern und Appellaten ausgebrachten Arrest keinesweges präjudiciret werden mögen, dadurch auch, daß Appellant das zurückgelassene Pferd nebst Zubehör verkauft, kein neues Recht ex alienatione pignoris zugewachsen, sodann die Verordnung vom 27sten Nov. 1736., da sie nur die Offiziers und Soldaten der Königl. Teutschen Truppen, worunter der Stallmeister Vorstius nicht zu rechnen gewesen, und Expensas voluptuarias betrift, in gegenwärtigem Fall ihre rechtliche Anwendung nicht finden kann, endlich Kläger und Appellat sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er wider einen wegfertigen Schuldner nicht früher seine Sicherheit genommen, daß daher das vorige Erkänntnis wieder aufzuheben, und Beklagter von angestellter Klage schlechterdings zu entbinden sey.„ Gegen diesen Spruch bediente sich der Kläger des Remedii Supplicationis, und als die Acten auf sein Gesuch verschicket wurden, erkandte eine Juristen-Facultät, am 10ten Febr. 1764: „ Daß Formalia richtig, Materialia auch in soweit für erheblich zu achten, daß Supplicat zuförderst eydlich zu erhärten schuldig, wasgestalt vor den von Suppli-

canten ausgewirkten Arrest die Zuschlagung in solutum an ihn von dem Stallmeister Vorstio bereits würcklich geschehen sey, compen ntis expensis.„ Die Rationes decidendi bestunden in folgenden: „Es wäre keine hypotheca legalis tacita für gegründet zu halten, wo nicht clara lex darüber vorhanden. Die dem Locatori pro mercede zustehende Hypothecam, könne man nicht auf Essen, Trinken und viele Weine, die sich in des Beklagten Rechnung finden, extendiren. Das wenigste aber fordere derselbe für das Logis, noch schütze ihn das jus retentionis wider denjenigen, welcher per arrestum ein jus reale erlanget hat. Es komme daher alles darauf an: Ob die Datio in solutum ante impetratum arrestum geschehen, und sey bedenklich, daß nach solcher Zeit Beklagtens Bruders Sohn das Pferd noch als ein eigenthümliches des Vorstii angegeben habe.„ Von diesem Erkänntnis supplicirte der Gastwirth Molle, und es wurde anno 1764. erkandt: „Weilen Supplicanten wegen der dem Stallmeister Vorstius gereichten Alimenten ein Jus prælationis vor den Supplicaten als einem chirographarischen Gläubiger zustehet, massen der von diesem impetrirte Arrest ihm kein jus reale mittheilen können, so wird die Sententia a qua aufgehoben, und bleibet es billig bey der am 4ten May 1763. eröfneten Urthel, compensatis expensis.„

Viele Rechtslehrer legen denen Gastwirthen ein jus prælationis vor andern Gläubigern bey, weil die gemeine Wolfarth dadurch sehr befördert wird, daß sie die Reisenden mit dem nöthigen Unterhalt versehen, weswegen man für sie billig sorget, und also die Leute anmuthiget, Wirthschaft zu treiben, wie denn diejenige, welche solches thun, nothwendig Unbekannten auf einige Zeit Credit geben müssen, mithin ihnen kein Versehen beyzumessen ist, wenn solches Leuten widerfähret, die mehr schuldig sind, als sie im Vermögen (a). Man leitet dieses Vorrecht aus dem *L. 6. pr. qui potiores in pignore* her, und setzet das Kostgeld in die erste Classe der Gläubiger. Es bemerket LEYSER *Spec.* 484. *Med.* 5., daß besagter Lex von solchen Concurs zum Besten, und zur Erhaltung der den Gläubigern zustehenden Güter und Einkünfte hergegeben worden, nicht aber von denen dem Schuldner selbst gereichten, als woraus der Concurs nicht den geringsten Nutzen gezogen habe.

Die Hypotheca legalis tacita, welche dem Locatori zustehet, komt auch einem Wirth nur sofern zu statten, als er jemanden Zimmer vermiethet. Besage des Gastwirths Mollen Rechnung, gebührten ihm aber dafür nur 12 thlr., und was er sonst in Rechnung brachte, wurde für gereichtes Essen, Bier, Brandtewein, Wein, Toback, Pfeiffen und Coffe, auch 4 thlr. 18 gr. geliehenes Geld gefordert.

Ferner

Ferner fehlet es an Rechtslehrern nicht, welche dafür halten, daß auch auſſer Sachſen nach den gemeinen Rechten der Arreſt dem Arreſtanten ein Jus pignoris mittheile, welches inſonderheit SCHROEDER in Opuſc. de Natura & Effectibus pignoris prætorii & judicialis zu behaupten ſuchet.

Obwohl nun alſo denen Gaſtwirthen wegen gereichter Alimenten kein Jus hypothecæ legalis, und vielweniger eine Stelle in der erſten Claſſe der Gläubiger zukömt, ſo weiſet man ihnen doch ſolche billig in der vierten Claſſe an, und vergnüget ſie eher, als Chirographarios (b). Ich weis zwar dieſe Lehre mit keinem Geſetz zu behaupten. Sie gründet ſich aber in einer durch irrige Auslegungen nicht ſowohl, als durch die obangeführte politiſche und der Billigkeit gemäſſe Gründe veranlaſſeten Obſervanz; wie denn allhier in mehreren Fällen ſelbiger gemäs erkandt worden. Hingegen kömt einem Kaufmann wegen verkaufter Waaren kein ſolches Recht zu (c), mithin könnte klagender Schachtrup nicht begehren, daß ihm der Beklagte einen Theil des für das Pferd empfangenen Kaufgeldes herausgeben ſolle.

Denſelbigen machte der verhängte Arreſt keines Juris realis theilhaftig. Es geſtehet SCHROEDER d. l. §. 169., daß unſer Arreſt-Proceß in den Römiſchen Rechten überall keinen Grund hat, und doch will er ihn aus ſelbigen erklären, quia pragmaticis mos fuit, quantum id fieri poſſet, omnia ex jure Romano definiendi, licet vel maxime ſuam originem in moribus Germanorum quærerent. Aber daran iſt ſehr übel gehandelt, und eben hierdurch die gröſte Confuſion veranlaſſet, daher man ſolche Interpretationes inſtitutorum Germanicorum ex Legibus Romanis viel mehr einſchränken, als ausdehnen muß (d). In gegenwärtigem Fall kann das leztere um deſtoweniger geſchehen, da die Praxis, worin ſich beſagter Autor gründet, ſeiner Lehre ganz zuwider iſt, und von den mehreſten behauptet wird, daß der bloſſe Arreſt kein jus reale wirke, mithin der Arreſtant vor andern Gläubigern nicht befriediget werden müſſe (e); wie denn auch dahier mehrmalen dergeſtalt erkandt worden.

Was demnach Beklagter, als Gaſtwirth, dem Vorſtio gereichet hatte, deſſen Bezahlung gebührte ihm vor dem Kläger, und fielen nur die geliehene 4 Rthlr. 18 gr. weg. Weil aber auch alsdenn die Schuld in 172 Rthlr. 28 gr. beſtunde, und alſo das Kaufgeld überſtiege, ſo war Beklagter unverbunden, etwas herauszugeben.

Das auswärtige Erkänntnis gründete man auf eine Zuſchlagung in ſolutum, die jedoch keine Wirkung haben konnte, wenn ſie auch geſchehen wäre.

Denn zu der Zeit, als Vorstius das Pferd hingab, war ein Concurs unvermeidlich, und der Kläger drange sowohl auf seine Bezahlung, als der Beklagte, welchenfalls der Schuldner keinen gratificiren kann (f).

(a) COLERUS *de Processu executivo* Part I. c. 2. n. 251. 252. MOEVIUS *de Jure hospitii mercenarii* § 76. MEVIUS *ad Jus Lubec.* Part. III. Tit. I. Art. II. n. 77.

(b) CARPZOV Part. I. Const. 28. Def. 152. STRUV Ex. 44. §. 56. SCHILTER *Ex.* 39. §. 98. SCHOEPFER Synops. ff. Tit. *de Rebus autoritate judicis possidendis* n. 18. LEYSER d. l.

(c) STRYCK *ad Brunnemann de Concursu Creditorum* c. 5. §. 63.

(d) Meiner Neben-Stunden V. Theils 38 Abhandlung §. 12.

(e) MEVIUS *de Arrestis* c. 19. n. 19. MARTINI *ad O. P. S.* Tit. 51. §. 4. n. 32. HERTIUS Vol. I. Resp. 160. n. 7. BOEHMER Tom. III. Part. III. Dec. 707. n. 6. LEYSER Spec. 475. Med. 7. PUFENDORF *in Proc. Civ. Part. V. c.* 6. § 4.

(f) Dieser Rechtlichen Bedenken I. Theils 105. Bedenken.

XIII. Bedenken.

Wie viele Zeugen werden erfordert, um die Unrichtigkeit eines Protocolls zu erweisen?

Als des Andreas Wilhelm Rudolph zu Niedersachswerfen in der Grafschaft Hohnstein belegenes Gut auf Verlangen seiner Creditoren subhastiret werden sollte, fande sich in termino licitationis auch dessen Ehefrau, Anna Margarethe Sibolden ein, und both für das Gut 1300 Rthlr., jedoch unter der Bedingung, daß man ihr verstatten sollte, ihre eingebrachte 800 Rthlr. mit dem Kaufgelde pro rata zu compensiren. Hingegen wollte Christoph Wienrich 1260 Rthlr. dafür baar erlegen. In dem Protocollo des Gräfl. Stolbergischen Amts Neustadt vom 8ten Mart. 176-. heisset es: „Da während des lezten Boths die Glocke auf hiesigem Amtshofe 12 Uhr ausgeschlagen, die Rudolphin ihren Licito inhæriret, sich aber de faciende solutione vel cautione nicht declariret, so wurde ihr die Auflage gethan, daß wofern sie binnen 14 Tagen quartam partem plus liciti, und binnen 6 Wochen die ganze Summe erlegen würde, man bey

ihr

ihr als plus Licitantin nichts zu erinnern. Würde sie aber in der Zeit nicht bezahlen, so sollte mit Adjudication an Wienrich verfahren werden, als welcher binnen eben der Zeit, ja noch ehender, Solutionem liciti versprochen. Wie nun die Rudolphen cum assistente declariret, daß wenn sie zur gesetzten Zeit mit der Zahlung nicht einhielte, sie ihres per plus licitum acquirirten Rechts verlustig seyn wolle, so ist mit der Adjudication bis nach Ablauf der gesezten Frist Anstand zu nehmen resolviret.„ Unter dem Protocoll hatte der Actuarius verzeichnet: *Actum & prælectum ut supra.* Bald nachher zeigte die Rudolphin an, es sey in dem Protocollo Subhastationis nicht bemerket, daß sie bedungen habe, ihre liquide Illata von den Kaufgeldern abzuziehen, und sie bat, diese Declaration zuzulassen. Das Amt verwarf aber dieselbe, und als die Sache per Appellationem an die Gräfl. Hohnsteinsche Canzley gediehe, wurde auch von selbiger am 2ten April 1760. erkandt: „Weilen die Rudolphin nach erhaltener Weisung sich deren gemäs selbst erkläret, wenn sie mit der Zahlung nicht einhielte, sie ihres plus licitando erhaltenen Rechts verlustig seyn wolle, und ihre Illata in illiquido beruheten, auch die übrige Creditores mit ihrer Nothdurft genüglich zu hören wären, so sey der Appellation nicht zu deferiren.„ Von diesem Erkänntniß appellirte die Rudolphin an die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley, und es wurden Acta ad inspiciendum gefordert, nach deren Einsicht aber am 20sten Octobr. 1760. erkandt: „Daß Appellantin zuforderst ihr Vorgeben, daß sie die in Protocollo licitationis niedergeschriebene Bedingungen nicht so, wie sie daselbst angemerket worden, eingegangen, zu erweisen schuldig, und da selbige bereits 3 Zeugen zu dem Ende namhaft gemachet, so hat sie ordentliche Beweis-Artickel dahier zu übergeben„ Dieses geschahe; jedoch wurden nur zwey Zeugen produciret und angehöret, daher denn die Frage entstund: Ob diese zum Beweis der Unrichtigkeit eines Protocolls hinlänglich sind, wenn auch an ihren Personen nichts auszusetzen wäre, und sie die Artickel bejaheten?

Daß das Gegentheil desjenigen, so in einem Instrument enthalten, durch zwey Zeugen zu erweisen stehet, halten viele Rechtslehrer dafür (a). Zwar wendet LEYSER *Spec.* 71. *Med.* 14. 15. hierwider ein, duos testes fidem registraturæ æquare, unde perinde sit ac si neuter, quid probasset, tres demum eam infringere. Er beziehet sich auf das *Cap.* 10. *X. de Fide instrumentorum*, worin es heisset: Non quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurium idoneorum testium depositionibus præferatur. Allein diese Worte sind nicht dispositiva Pontificis, sed relativa partis, quæ non inducunt dispositionem (b). Daß dergleichen Entscheidungen besonderer Fälle auf die

angeführte Umstände nicht einzuschränken sind, ist oben im VIII. Bedenken angemerket. Wenn der Verfasser des Protocolls allein Zeugnis giebet, so verdienen zwey Zeugen mehreren Glauben, als derselbe. In gegenwärtigem Falle attestirte aber nur der Actuarius Rupstein, die der richterlichen Declaration angehängte Bedingung, deren sich der Amtmann Hüpeden nicht erinnerte.

Man hätte auch dafür halten mögen, es sey der Beweis hinlänglich geführet. Denn 1) verneinte Testis 1. ausdrücklich, daß die Appellantin gefraget worden: Ob dieselbe ihres Rechts verlustig seyn wolle, wenn sie nicht zu einer gesetzten Zeit einhielte, und daß selbige von einem Verlust ihres Rechts auf den unterbleibenden Zahlungsfall etwas gedacht oder gesaget habe. Es deponirte 2) ferner Testis 2. sie wisse noch alles, was die Rudolphin in diesem Termin gesaget, und wisse nicht, daß selbige von einem Verlust ihres Rechts auf den unterbleibenden Zahlungsfalle etwas gesaget. Zwar sind diese Testimonia negativa. Aber auch solche verdienen Glauben, wenn jemand mit Aufmerksamkeit beobachtet hat, was geschehen, und bezeuget, dasjenige nicht gehöret zu haben, so geredet seyn soll (c).

Es erweisen 3) zwey Testes inidonei semiplene (d), weswegen man dafür halten mögte, es sey die Appellantin wenigstens zum Erfüllungs-Eide zu lassen.

Endlich 4) bezeugen beyde Testes, daß das Protocoll den Licitanten nicht vorgelesen worden, welchenfalls solches mangelhaft ist (e).

Allein 1) kann ein Protocoll durch eines Zeugen Aussage nicht entkräftet werden, sondern die Rechte erfordern dazu wenigstens duos testes omni exceptione majores (f). Der einzige Testis 1. negiret aber ausdrücklich die im Protocoll enthaltene Bedingung. Die zweyte Zeugin weiß davon nichts, und saget aus Interrog. 1. ad art. 17., sie hätte auf dasjenige, warum die Appellantin befraget worden, nicht genau Acht gegeben, und Interrog. 5. ad art. 18., sie hätte bey dem Wortstreit auf alles nicht so genau merken können; imgleichen ad art. 19., sie hätte nicht Achtung gegeben, ob die Appellantin in den Verlust ihres Rechts in dem Nichtzahlungsfall gewilliget; ferner Interrog. 3. ad art. 20, Zeugin wisse nicht alles, was die Rudolphin in diesem Termin gesaget, und als dieselbe Interrog. 5. ad art. 20. gefraget wurde: Ob sie bey dem Wortstreit so genau selbst auf alles merken können? antwortete dieselbe, sie hätte ja das nicht gethan.

Ueberdem

Ueberdem ist keine semiplena probatio vorhanden, si vel minima est præsumtio contra testem (g). Diese entstehet aber aus der Schwägerschaft (h). Nun sind beyde Zeugen der Appellantin Stiefschwiegersohn und Stieftochter. Der Verdacht, welche diese Verwandschaft veranlasset, wird dadurch vermehret, daß der Zeugen verarmter Vater und Schwiegervater Nutzen davon hat, wenn seine Frau obsieget, weil er von deren Gütern leben muß. Sehr bedenklich ist es, daß obwohl in termino licitationis viele Menschen gegenwärtig gewesen, die Zeugen abgeben können, jedoch nur zwey Anverwandte produciret, und der dritte in Actis schon benannte Zeuge weggelassen worden.

2) Verdienet ein Testis negans nur alsdenn Glauben, wenn er auf dasjenige, so vorgegangen, genaue Acht gehabt, welches dem angeführten nach von der zweyten Zeugin nicht gesaget werden kann.

3) Erweisen zwey Testes inidonei nicht immer semiplene, wie also in causa Emmenhausen contra von Adelebsen 1758. allhier erkandt, und die Urthel vom Königl. Ober-Appellations-Gericht bestätiget worden (i).

Endlich 4) ist die unterlassene Verlesung des Protocolls nicht erwiesen, und auch solchenfalls wird der Mangel durch den Eid des Protocollisten ersetzet (k), welcher in gegenwärtigem Fall geleistet war, daher die Königl. Hannöversche Justitz Canzley erkandte:„ Nachdemmalen Appellantin, was sie sich angemasset, wie recht, nicht erwiesen, so sind Appellaten von angestellter Klage zu entbinden, und ist die Appellantin ihnen die Proceß Kosten nach vorgängiger Liquidation und richterlicher Mässigung, zu erstatten schuldig.„

(a) COVARRUVIAS *Pract. Quæst.* c. 20. n. 6. FARIA *ad Covarruviam Variar. Resol.* lib. 2. c. 13. n. 113. BOEHMER J. E. P. Lib. 2. Tit. 19. §. 34.

(b) GONZALEZ TELLEZ ad Cap. 10. X. *de Fide Instrumentorum* n. 15.

(c) Dieser Rechtlichen Bedenken *I.* Theils 77. Bedenken.

(d) Dieser Rechtlichen Bedenken *I.* Theils 30. Bedenken.

(e) LEYSER *Spec.* 71. *Med.* 9. 10.

(f) COVARRUVIAS d. l. FARIA d. l. KEMMERICH *de Secretariis, Protonotariis & Actuariis judicialibus* §. 14.

(g) FA-

(g) FABER in Cod. Lib. 4. Tit. 1, Def. 4. n. 9. CARPZOV Part. 1. Conſt. 23. Def. 5.

(h) MARTINI *ad O. P. S.* Tit. 20. §. 2. n. 136.

(i) Dieſer Rechtlichen Bedenken *I.* Theils 30. Bedenken.

(k) BOEHMER Tom. II. Reſp. 494. n. 6. 7. LEYSER d. l. Dieſer Rechtlichen Bedenken II. Theils 52. Bedenken §. 2.

XIV. Bedenken.

Es iſt zu vermuthen, daß das Näherrecht in neu erworbenen Gütern keinen Plaß findet.

In der Stadt Göttingen entſtunde die Frage: Ob an den Erbgüthern, welche ein Miterbe ſub haſta erſtanden hatte, ſeine Anverwandte ſich des Näherrechts gebrauchen könnten, wenn er ſie wieder verkaufet? Nicht wenige halten dafür, daß ihnen ſolches auch an neu erworbenen Gütern zuſtehet (a), und es will STRYCK *de Succeſſione ab inteſtato Diſſ.* 6. *c.* 1. §. 23., ſi ſtatutum de bonis in genere loquatur, retractum valere tam in bonis avitis, quam noviter acquiſitis. Nun verordnet 1) das Göttingiſche Statutum von 1642., daß der Näherkauf Statt haben ſolle, in erblich verkauften unbeweglichen Gütern. Es vermeynet auch 2) Schilter aus dem Sachſen Recht *Lib. I. Art.* 34. zu behaupten, Retractum valere in bonis noviter quæſitis, weil ſolches keine Veräuſſerungen ohne der Erben Conſens erlaubet, und man kann 3) in Teutſchland das Jus retractus nicht pro ſingulari & multo minus pro exorbitante ausgeben; daher denn gefolgert wird, daß es keinesweges erlöſchet, wenn jemand ſeine Güter einem Anverwandten verkaufet (b).

Allein 1) ſind die Teutſche Statuten aus den gemeinen Teutſchen Rechten, woraus ſie genommen worden, zu erklären (c), mithin die Göttingiſche aus dem Sachſen Recht, welches vor der zu neuern Zeiten geſchehenen Einführung der Römiſchen Rechte in hieſigen Landen gegolten, und deſſen Ueberbleibſel das von uns beybehaltene Näherrecht iſt (d). In den uralten Legibus Saxonum heiſſet es: Si hereditatem ſuam coactus vendere liber homo voluerit, offerat eam primum proximo ſuo (e), allwo durch das Wort *hereditas* Erb- und Stammgut verſtanden wird (f). Dieſes Recht gilt annoch in Oberſachſen, und zwar nicht nur in den Chur-Landen, allwo es durch Conſtitutiones beſtätiget worden, ſondern

dern auch in dem Herzoglichen Sachsen (g). Vergebens berufet sich 2) Schilter auf das Sächsische Land-Recht *Lib.* 1. *art.* 34. Denn daselbst wird keinesweges von dem Jure retractus gehandelt, sondern zum Verkauf eines jeden Guts der Erben Consens erfordert, welches Recht längst in Abgang kommen (h). Allerdings ist jedoch 3) das Jus retractus als eine Einschränkung der natürlichen Freyheit stricte zu erklären, mithin auf die Erbgüter einzuschränken (i). Sie hören aber auf, solche zu seyn, wenn sie ein Unverwandter nicht erbet, sondern sub hasta kaufet (k).

(a) RHETIUS *de Jure retractus Gentilitii* c. 2. n. 39. seq. SCHILTER Ex. 30. §. 138. Herr MADIHN *de Jure protimiseos ejusque a Jure retractus discrimine* §. 10. n. 2.

(b) Eben derselbe d. l. §. 8. n. 9.

(c) SCHILTER Ex. 2. §. 12. 13. 14. GRIEBNER *de Jure incerto* §. 9. ENGELBRECHT *de Genuinis decisionum fontibus in terris Brunsuico-Luneburgicis* §. 21. KOPPS Proben des Teutschen Lehn-Rechts im Vorbericht §. 5.

(d) Herr B. von SENCKENBERG vom Gebrauch des uralten Teutschen Bürgerlichen und Staats-Rechts. Meiner Neben-Stunden V. Theil 32. Abhandlung §. 24.

(e) LEIBNITZIUS *Rer. Brunsuic.* Tom. I.

(f) HEINECCIUS *Elem. Jur. Germ.* Lib. 2. Tit. 14. §. 400.

(g) LYNCKER Resol. 218.

(h) Meine Neben-Stunden d. l. und dieser Rechtlichen Bedenken *II.* Theils *I.* Bedenken §. 8.

(i) COCCEJUS Tom. II. Cons. 712. n. 37. BOEHMER Tom. III. Part. II. Dec. 305. n. 3. LEYSER Spec. 193. Med. 3. Herr v. PUFENDORF Tom. I. Obs. 133. §. 9. ENGAU *Elem. Jur. Germ.* Lib. 3. §. 80. EISENHART *Instit. Jur. Germ.* Lib. 3. Tit. 8. §. 14. WALCH vom Näher-Recht L. 2. c. 1.

(k) BOEHMER d. l. n. 4. 5. LUDOVICI *de diverso jure bonorum adquisitorum & hereditariorum* §. 7.

XV. Bedenken.

Wenn der Bestohlne sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, und das Einsteigen mit keiner besondern Verwegenheit in niedrige Häuser geschehen, so ist der Dieb nicht mit dem Tode zu bestrafen.

§. I.

Ein Dieb, der eingebrochen, oder eingestiegen, wird deswegen schärfer bestrafet, als wer auf andere Weise einen Diebstahl verübet hat, weil 1) diesen gemeiniglich des Furtum passi Nachlässigkeit dazu Anlaß gegeben, jenes aber nicht so leicht verhütet werden kann (a), auch 2) zu vermuthen ist, daß wer mit grosser Verwegenheit einbricht oder einsteiget, Gewalt brauchen würde, wenn man ihn hindern wollte (b). Als demnach Johann Jürgen Momeyer in ein Fenster gestiegen, so nur mit einem Schieber versehen war, wodurch er bequem kriechen, auch auf der hervorragenden Mauer ohne viele Müde hinankommen, und Eßwaaren stehlen konnte, so wurde er wegen seiner schwächlichen Leibes-Constitution auf 4 Jahre in das Werk- und Zuchthaus gesandt. Der Bestohlne hatte seine Küche schlecht verwahret, und es äussert keine mehrere Bosheit, durch dergleichen Fenster in eine Küche zu steigen, als durch ein Loch in einen Keller zu kriechen. Warum ist denn jenes schärfer zu ahnden, als dieses?

Gleiche Bewandniß hat es meines Ermessens, wenn der Dieb ein Loch in eine Wand machet, oder hinansteiget, ohne in ein Haus zu kommen, weil alsdenn von ihm keine Gewaltthätigkeiten zu befürchten. Die peinliche Halsgerichts-Ordnung erfordert Art. 159. zum gefährlichen Diebstahl, daß jemand in die Behausung steiget oder bricht, und daher KRESS *ad d. art.* den Ingressum per effractionem vel adscensionem. Auch bey BOEHMER *Tom. III. Part. III. Dec.* 798. *n.* 4. 5. 6. wurde eine Frau nur auf ein Jahr in das Zuchthaus verdammet, welche sich einer Leiter bedienet, um aus einem aufgemachten Fenster Linnen zu holen.

Ich glaube, daß ein solcher Fall vorhanden gewesen, als von den Dieben an der äussern Wand des Hauses ein Loch gemachet worden, wodurch der hoch aufgeschüttete Rocken ihnen so lange zugefallen, bis der Druck vorbey, und das Korn der gemachten Oefnung gleich lage. Dieser Diebstahl geschahe durch List und durch keine gefährliche Gewalt oder auch grosse Verwegenheit.

(a) KRESS *ad C. C.* Art. 159. SCHIERSCHMID *de Furto qualificato* §. 7. BERGER *Elect. Jurisprud. Crim.* Part. I. BODE *de Furto periculoso* §. 43.

(b) Herr J. S. BOEHMER *ad Carpzov.* Qu. 79. Obs. 5. Herr MEISTER *Princip. Jur. Crim.* Sect. 2. Part. II. c. 13. §. 14.

§. II.

Auch wurden Ridderbusch und Linnemann auf 4 Jahre in die Karre verurtheilet, weil der erste ein übel befestigtes Fenster, welches sich $2\frac{1}{4}$ Elle von der Erde befande, mit den Händen heraus genommen, ohne einiges Instrument dabey zu gebrauchen, um zu selbigen zu gelangen, auf des Linnemanns Schulter getreten, und für 3 thlr. 13 mgr. Flachs gestohlen hatte.

Zwar will die Declaration von 1754. daß die Todesstrafe statt finden soll, wenn Diebstähle in niedrigen Häusern, ohne hoch zu steigen, geschehen. Es war auch ein Fenster ausgenommen, mithin ein Furtum qualificatum begangen (a).

Allein der Endzweck unserer die peinliche Halsgerichts-Ordnung nicht abändernden, sondern erklärenden Landes-Constitutionen ist dieser, daß den Bauren sowohl wider Diebe Schutz verschaffet werde, als denjenigen, die in grossen gemaureten Häusern wohnen. Jener Wohnungen sind gemeiniglich niedrig und haben leimerne Wände. In selbigen könnte also selten ein Furtum qualificatum verübet werden, wenn man dazu erforderte, daß der Dieb in ein höhers Stockwerk gestiegen, oder durch eine Mauer gebrochen. Indem der Gesetzgeber diese Umstände für unerheblich erkläret, will er keinesweges, daß man darauf nicht achten solle, ob der Furtum passus verabsäumet hat, das Seinige dergestalt zu verwahren, wie es von andern seines Gleichen geschiehet, mithin der Diebstahl mit durch seine Schuld veranlasset worden.

Eben dieses ist von dem Einbrechen zu sagen. Der die Diebe keinesweges schonende LEYSER Spec. 536. Med. 11. 12. lehret mit gutem Grunde, ad irrogandum ultimum supplicium effractionem, nullis adhibitis instrumentis, manibus factam non sufficere. In dem angeführten Fall war alles mit der blossen Hand geschehen. Die Declaration von 1754. setzet voraus, daß der Dieb ein Bauren-Haus ohne solche Gewalt erbrochen, als erfordert wird, um in ein gemauretes Haus zu kommen. Nimmer ist nach deren Promulgation jemand

zum Tode verdammet, der ohne besondere Verwegenheit, und des Bestohlenen hinzugekommene Schuld einen Diebstahl begangen; daher meine Deutung die Observantia interpretativa hinlänglich bestärket.

(a) Herr KOCH Instit. Jur. Crim. §. 193.

§. III.

Ein anders ist zu sagen, wenn dem Furtum passo keine ungewöhnliche Nachlässigkeit beyzumessen, hingegen die Unternehmung des eingestiegenen Diebes mit grosser Vermessenheit und Arglist geschehen. Anne Eleonore Wittwe Spindeler war 8 Fuß von der Erde auf einer Leiter in ein Fenster gestiegen, so ihrem Angeben nach zwar offen, jedoch mit eisernen Stangen versehen gewesen, und welches man daher für impassable gehalten, auch es den mehresten Menschen war. Um durch selbige zu kommen, hatte sie den Rock ausgezogen, sich seitwerts herdurch geschlungen, auf dem Rückwege ein gleiches gethan, das Ziegeldach eines daneben stehenden Hauses, und ferner die Leiter betreten. In der Kram-Bude schluge sie mittelst eines Feuerzeuges Licht an. Solches Stehlen geschahe dreymal, und dergestalt wurden 45 Rthlr. 9 gr. 6 pf. an Waaren entfremdet, die Inquisitin aber allererst bey dem dritten Diebstahl ertappet. Dieses sind verwegene Thaten, und wer sich erkühnet solche auszuüben, ist ein gefährlicher Dieb, von welchem man mehr dergleichen Verbrechen zu erwarten, mithin Ursach hat, das gemeine Wesen eines so bösen Mitgliedes zu entledigen. Der Werth der gestohlenen Sachen beliefe sich weit über die zum Furto magno erforderte Summe, und solches vermehrte daher, wie auch die Wiederhohlung des Verbrechens, der Inquisitin Schuld (a). Die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley hat daher erkandt, daß sie mit dem Strange vom Leben zum Tode zu bringen, jedoch bey Königl. Regierung darauf angetragen, daß die Todes-Strafe in eine Verdammung ins Zuchthaus auf Lebens-Zeit verwandelt werden mögte, weil auch dadurch der Endzweck, das Land von bösen Leuten zu reinigen, und andere von solchen Verbrechen abzuschrecken, erreichet wird, welches auch geschehen.

(a) HARPPRECHT Conf. 9. num. 66. 73.

XVI. Bedenken.

Eine Frau, welche zur zweyten Ehe vor Ablauf des Trauerjahrs schreitet, verlieret nicht, was ihr in der Ehestiftung verschrieben worden.

Als eine von Adel das in der mit dem ersten Mann errichteten Ehestiftung ihr verschriebene Gegen-Vermächtnis nach seinem Tode von dessen Kindern forderte, wandte deren Vormund ein, sie wäre im dritten Monat ihres Wittwenstandes zur zweiten Ehe geschritten, und habe sich des eingeklagten dadurch verlustig gemachet. Es heisset auch in *L. 2. Cod. de secundis nuptiis*: Si quis ex fœminis perdito marito intra anni spatium alteri festinaverit nubere (parvum enim tempus post decem menses servandum adjicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus) probrosis inusta notis honestioris nobilisque personæ decore & jure privetur, atque omnia, quæ de prioris mariti bonis, vel jure sponsalium, vel judicio defuncti conjugis consecuta fuerat, amittat. Aber das Päbstl. Recht verordnet gerade das Gegentheil in *Cap. 4. X. de secundis nuptiis* also: Super illa quæstione, qua quæsitum est, an mulier possit, sine infamia nubere intra tempus luctus secundum leges definitum, respondemus, quod cum Apostolus dicat: mulier viro suo mortuo soluta est a lege viri sui: in domino nubat, cui voluerit: per licentiam & autoritatem Apostoli ejus infamia aboletur; welches das *Cap. 5. d. T.* wiederholet.

Zwar wird dawider eingewandt, 1) der Apostel erlaube nur die zweyte Ehe, und sage nicht, daß sie zu allen Zeiten vollzogen werden könne (a). Viele Canonisten sind 2) der Meynung, daß von dem Pabst allein die Pœna infamiæ, nicht aber die den Kindern zu gute verordnete Strafe aufgehoben worden (b). Allein es komt hier 1) nicht darauf an, ob die heilige Schrift von den Päbsten recht verstanden, mithin ihre Verordnung auf gute Gründe gebauet ist, sondern was sie verordnen wollen? und da leidet keinen Zweifel, daß dieselbe den Wittwen erlauben, intra tempus luctus zu heyrathen, mithin die solches verbietende Leges aufheben. Daß aber 2) in den Textibus juris Canonici nur der Pœna infamiæ ausdrücklich Meldung geschiehet, solches rühret daher, weil die anfragende Wittwe allein diese zu fürchten Ursach, und keine Lucra nuptialia empfangen, oder zu erwarten hatte. In dergleichen besondern Fällen sind die Entscheidungen auf die angeführte Umständen nicht einzuschränken, wie auch im *VIII* und *XI.* Bedenken errinnert worden. Gonzalez Tellez *ad Cap. 5. X. de secundis nuptiis num. 7.* rechtfertiget das Päbstliche Recht damit, quod ecclesia saluti animarum consulere prospicereque curet, & ut peccata vitentur intendat, cum non

levia, nec pauca peccata a viduis juvenibus committi poſſent, negata illis facultate ſecundo nubendi. Nicht nur die Pœna infamiæ, ſondern auch die Beſorgnis, Haab und Güter zu verlieren, giebet aber zu Sünden Anlaß. Da die auf deren Verhütung abzielende Päbſtliche Rechte bey uns den Römiſchen vorgehen (d), ſo iſt von der Königl. Hannöverſchen Juſtiz-Canzley 1765. die Einwendung des S. Vormunds verworfen, und der Mutter zuerkandt, was ihr in der Eheſtiftung verſchrieben worden.

(a) HOFMANNI *Nuptiarum ſecundarum tempora* c. 2. §. 16.

(b) Gonzalez TELLEZ ad Cap. 5. X. *de ſecundis nuptiis* n. 9.

(c) BOEHMER I. E. P. Lib. 4. Tit. 21. §. 17.

(d) Dieſer Rechtlichen Bedenken I. Theils 24. Bedenken §. 1.

XVII. Bedenken.

Die Exceptio non numeratæ pecuniæ mag demjenigen nicht entgegen geſetzet werden, der Kaufgeld fordert, wohl aber die Exceptio doli, und zu deren Beweis man einen Eyd deferiren.

Die Exceptionem non numeratæ pecuniæ mag kein Verkäufer, ſondern nur ein Schuldner gebrauchen. Der *L.* 5. *Cod. de non numerata pecunia* ſetzet dieſes alſo auſſer Zweifel: Adverſus petitiones adverſarii, ſi quid juris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locum habere, ubi quaſi credita pecunia petitur. Cum autem ex præcedente cauſa crediti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc cum cavebatur, numerata ſit, ſed an juſta cauſa debiti præceſſerit (a). In Sachen Fey wider Fey, war keine Verwandelung in ein Darlehn geſchehen, ſondern man ſtritte über Kaufgelder, welche der Kläger empfangen zu haben läugnete, obwohl er es im Kauf-Contract geſtanden hatte, und darüber dem Beklagten einen Eid deferirte, mithin ihn eines Doli beſchuldigte, welches man wider alle aus Contracten gemachte Anſprüche thun, und alſo auch jemanden darüber einen Eid zuſchieben kann. Die Königl. Hannöverſche Juſtiz-Canzley erkandte daher 1764: „Weil die Exceptio non numeratæ pecuniæ allhier nicht Platz findet, da von Kaufgelde die Frage iſt, und der Appellant ſeine Klage auf einen Dolum gründet, zu deſſen Beweis er ſich der Eides-Delation wohl bedienen mag, ſo

iſt

ist Appellant den ihm deferirten Eid binnen 4 Wochen zu acceptiren oder zu referiren schuldig.„

(a) WISSENBACH ad L. 5. Cod. *de non numerata pecunia.* BRUNNEMANN ad d. L. MULLER ad Struv. Ex. 16. §. 52. Lit. γ. LAUTERBACH C. T. P. Tit. *de Rebus creditis* §. 76.

(b) SCHILTER Ex. 22. §. 31. Lit. a. BERGER *de Exceptione non numeratæ pecuniæ adversus cambium* §. 3. LEYSER Spec. 132. Coroll. 3. MICHAELIS *de Exceptionibus illiquidis in reconventionem deducendis* §. 16. 17.

XVIII. Bedenken.

Es ist für keine Erbeinsetzung zu halten, wenn der Vater im Testament gesaget, daß ein Kind seinen Erbtheil empfangen hätte, er aber unverbunden sey abgelegte Kinder zu Erben einzusetzen.

In dem *L.* 15. *Cod. de Testamentis* heisset es: Nec interest, si dicatur, heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit, seu quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sunt momenta verborum, quæ forte seminecis & balbutiens lingua profudit. Es kömt also auf die Worte nicht an, wenn sie nur ergeben, daß jemand zum Erben eingesetzet werden sollen (a), und dieses findet auch in testamentis privelegiatis Platz (b). Solche Einsetzung geben diese Worte, zutheilen, hinterlassen, zueignen ꝛc. zu erkennen (c), auch das Wort vermachen (d). Es dehnet dieses LEYSER *Spec.* 356. *Med.* 9. dahin aus, ut pater eo ipso, quod liberos a se vivo acceptis contentos esse jubet, eos heredes instituat. Aber diese Meynung findet starken Widerspruch (e), und ich kann ihr keinen Beyfall geben. Denn in der *Nov.* 115. *Cap.* 5 wird folgendes verordnet: *Si qui heredes fuerint nominati*, etsi certis rebus jussi fuerint contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi præcipimus, quicquid iis minus legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Es wurde also ausdrücklich erfordert, Liberos heredes esse nominatos, und wenn gleich die Clausula codicillaris dem Testament angehänget ist, so bestehet es dennoch keinesweges in vim fideicommissi (f). In einem Testament lautete es also: „Weil eine

Heredis

Heredis institutio fundamentum testamenti ist, und meine Kinder erster Ehe N. N. N. N. bereits vorhin ihre sowohl väterliche als mütterliche Erbschafts-ratam aus meinen Gütern erhalten, mithin nach richtig gemachten Ueberschlag nichts prätendiren, noch mich beerbfällen können, so setze meine Kinder zweyter Ehe N. N. N. N. wegen meiner übrigen Verlassenschaft honorabilis institutionis titulo ein.„ Hier findet sich kein Wort, welches auf eine Erbeinsetzung der Kinder erster Ehe gedeutet werden könnte.

Vielmehr führet der Vater die Ursach an, warum solche unterblieben. Der *L.* 1. §. 5. *de heredibus instituendis*, und der *L.* 15. *Cod. de testamentis*, thun auch nichts zur Sache, weil darin nur von einem errore scribentis gehandelt wird, wenn nemlich es im Testament hiesse: *Lucius heres*, und das Wort, *esto*, ausgelassen wäre, daß es sodann zu suppliren, welcher Fall hier nicht fürhanden. Die Unwissenheit des Concipienten hat zwar den Fehler veranlasset. Aber dieses Argument erweiset nichts, weil es zu viel erweiset. Denn sonst ginge kein Testament wegen Mangels der Solennien übern Haufen, weil selbiger gemeiniglich nicht dem Testirer, sondern dem Verfasser beyzumessen.

Obwohl auch die Kinder erster Ehe im Testament §. 8. Erben genannt worden, so ist doch nicht gesaget, daß sie Heredes testementarii sind, welches dieselbe als abgelegte Kinder nicht seyn sollten.

Diesem allen ohngeachtet habe ich dafür gehalten, daß der väterliche letzte Wille deswegen gültig sey, weil den Teutschen Rechten nach dasjenige, was Erbenzins- und Meyerleute ihren Kindern mitgeben, zwar ein Brautschatz und eine Mitgift genannt wird, in der That aber ihren völligen Erbtheil ausmachet, folglich nach der Eltern Tode ihnen kein mehreres gebühret (g). Abgefundene Kinder sind aber so wenig zu Erben einzusetzen, als zu enterben (h).

(a) MANTICA *de Conjecturis ultimarum voluntatum* Lib. 4. Tit. 3. n. 4. MANZIUS *de Testamento valido & invalido* Tit. 6. Qu. 6. n. 32.

(b) MEVIUS Part. IX. Dec. 2. n. 9. WAHL *de justa liberos heredes instituendi forma* §. 18.

(c) HOFMANN Vol. I. Conf. 33. n. 9. BOEHMER Tom. II. Conf. 868. n. 19. 20.

(d) Herr v. PUFENDOR Part. II. Obs. 143.

(e)

(e) WAHL I. l. §. 18.

(f) Dieſer Rechtlichen Bedenken Iten Theils 87. Bedenken.

(g) Herr von PUFENDORF Part. II. Obſ. 33. Meine *Acceſſiones ad Commentationem de Jure villicorum* Acceſſ. 20.

(h) LYNCKER Reſol. 335. STRYCK *de Cautelis Teſtamentorum C.* 10. §. 13.

XIX. Bedenken.

Der Brautſchatz, welchen der Vater ſeiner Tochter mitgegeben, kann er nach deren Tode nicht wieder fordern, wenn ſie Kinder hinterlaſſen, oder davon diſponiret hat.

Von den Kennzeichen einer Schenkung auf den Todesfall.

Der Königl. Heubinder Linde forderte von ſeinem Schwiegerſohn dem Königl. Vorreuter Wigand diejenige Mobilien zurück, welche er ſeiner nach Johannis 1760. an den Beklagten verheyratheten und ohnlängſt verſtorbenen Tochter zum Heyrathsgut und Ausſteuer mitgegeben. Dieſer producirte einen Donations-Schein der verſtorbenen Frau ſub dato Göhrde den 3ten Junii 1762, worinn es heiſſet: „Habe ich nach meinem Tode alles dasjenige, was ich habe, meinem Mann zugebracht, es mag Namen haben, was es will, an meinen Mann geſchenket, ſowohl als er alle das Seinige mir geſchenket hat, in Gegenwart drey Königlicher beeidigter Männer als Zeugen, wie auch deren Namen und Unterſchrift bezeuget, und ich ſelbſt eigenhändig geſchrieben, bey guter Vernunft und bey gutem Verſtande„ Der Kläger replicirte, ein Donator müſſe das Eigenthum der geſchenkten Sache haben, woran es ſeiner Tochter gemangelt, der die Sachen qu. nur mitgegeben worden, um die Bürden des Eheſtandes tragen zu helfen. Den Dotem profectitiam fordere der Vater billig wieder, wenn auch Kinder der verſtorbenen Tochter vorhanden wären. Dieſe habe ihn widerrechtlich übergangen, und dem Mann das Ihrige Mortis cauſa vor drey Zeugen geſchenket, welches vor 5. Zeugen geſchehen müſſe.

Nun iſt es eine ſtreitige Rechtsfrage: Ob dem Vater nach der Tochter Tode der ihr mitgegebene Brautſchatz reſtituiret werden müſſe, wenn ſie Kinder hinterlaſſen oder davon diſponiret hat? welche von dem Herrn Regierungs-Rath von dem BUSCH in Exercit. academ. qua dos profectitia vivo patre liberis ex

filia emancipata in matrimonio mortua superstitibus jure communi vindicatur, wohl abgehandelt, und von dem Königl. Ober-Appellations-Gericht in Sachen Bruns contra Dodeck 1761. folgendergestalt entschieden worden: „Alldieweilen die in den Römischen Rechten denen Vätern zugestandene Befugnis ihrer Töchter Mitgift nach deren Ableben zurückzunehmen, in der über dieselben auch nach ihrer Verheyrathung behaltenen väterlichen Gewalt, oder bey deren Entlassung bedungener Zurücknehmung sothaner Mitgift allein begründet gewesen, nach Teutschen Rechten und Gewohnheiten aber die Töchter durch treffende Verehlichung von väterlicher Gewalt befreyet werden, mithin das ihrige ohne vorherige Bedingung des Gegentheils eigenthümlich besitzen, Kläger jedoch, daß er die Zurücknehmung des seiner Tochter mitgegebenen Dotis dabey sich vorbehalten, nicht einmal angeführet, vielweniger erwiesen, überdem Klägers Tochter mit Hinterlassung eines Kindes verstorben, ermeldete Römische Rechte aber denen Kindern ihrer Eltern Nachlaß derer letztern Wunsch und natürlicher Neigung gemäs vor sämtlichen Ascendenten zueignen, und hierunter bey Töchtern so währender Ehe verstorben, keine bey Legibus correctoriis erforderliche deutliche Ausnahme zu befinden, folglich die Verlassenschaft des Klägers Tochter auf ihr mit Beklagten erzeugtes Kind, und von diesen auf Beklagten als Vater rechtmässig vererbet worden, als ist Beklagter von angestellter Klage zu entbinden, auch Kläger die an den ausgelobten 3000 Mark noch in Rückstand gebliebene 400 Mark, mit denen nach Ablauf der ersten zwey Jahr nach vollzogener Heyrath darauf gebührenden Reichs-Constitutionsmässigen Zinsen dem Beklagten binnen 6 Wochen abzuführen schuldig, compensatis expensis.„ Aus diesen festgestellten Principiis folget nun, daß eine Tochter den Brautschatz verschenken kann, welches den Römischen Rechten gemäs, die derselben erlauben, wenn der Ehemann ihren Vater zum Erben eingesetzet hat, von diesen nach getrenneter Ehe den Brautschatz zu fordern, dafern sie sich nicht mehr in seiner väterlichen Gewalt befindet (a).

Solchem ohngeachtet fiel die Urthel wider den Beklagten aus, weil eine Donatio mortis causa vorhanden war, welche vor drey Zeugen nicht zu Recht beständig geschehen kann. Denn 1) thate die Tochter in verbis dispositivis des Todes Meldung, massen sie allererst nach ihrem Tode, mithin nicht sogleich unter den Lebendigen dem Mann das Eingebrachte schenkte. Eine solche Donatio wird aber für eine Schenkung auf den Todesfall gehalten (b); wie denn 2) alle Donationes unter Eheleuten vielmehr auf den Todesfall, als unter den Lebendigen geschehen zu seyn vermuthet werden (c), bevorab, wenn reciproce geschenket ist (d).

(d). Die Schenkung hat aber die Frau deswegen gethan, weil ihr der Mann auch das Seinige schenkte, und sie wünschte natürlicher Weise, die Leztlebende zu seyn. Solchemnach wurde von der Königl. Hannöverschen Justiz-Canzley 1763. erkandt: „Daß weil die Schenkung auf den Todesfall von des Beklagten verstorbener Ehefrau nicht vor fünf Zeugen geschehen, dieselbe zu Recht unkräftig, mithin er schuldig sey, die Mobilien, welche sie ihm zugebracht, eydlich zu manifestiren, und dem Kläger herauszugeben.

(a) L. 44. ff. *Soluto matrimonio* &c. VOET ad ff. d. t. §. 19. HUBER ad ff. d. t. §. 19. Herr von dem BUSCH d. l. §. 17. LEYSER Spec. 319. Med. 1. 2. 3.

(b) LAUTERBACH *de mortis causa donatione* §. 30. LEYSER Spec. 438. Med. 1. ENGAU Part. I. Dec. 80. n. 6.

(c) HERTIUS Vol. I. Resp. 66. n. 2.

(d) L. 1. pr. L. 35. §. 2. ff. *de mortis causa donationibus* Herr von PUFENDORF Tom. II. Obs. 51.

XX. Bedenken.

Wer auf das Remedium L. 2. C. de rescindenda venditione Verzicht gethan, kann wegen keiner Verletzung vom Kauf zurücktreten.

Das Remedium L. 2. C. de Rescindenda venditione ist den Käufern und Verkäufern zu gute geordnet; Sie können deswegen darauf, wie auf andere Rechtswohlthaten Verzicht thun (a), und solchenfalls mögen dieselbe den Contract nicht anfechten, wenn kein Dolus erwiesen wird. Zwar halten viele Rechtslehrer dafür, daß solchen Læsiones enormissimæ jedesmal zu erkennen geben. Aber diese Meynung ist irrig. Die Rechte machen keinen Unterscheid inter læsionem enormem & enormissimam (b). Sie verstatten dem Käufer, die Waare zu verachten, und dem Verkäufer, sie zu loben, mithin selbige so hoch auszubringen, als es möglich ist, wenn keine Verletzung über die Hälfte ausfündig gemachet wird. Hat dieser der Contrahent entsaget, so muß selbiger es sich beymessen, wenn er zum Handel geschritten, ohne von dem Werth der Sachen, worüber er getroffen ist, zuverlässige Nachricht einzuziehen. Vielleicht hat es auch dem Beklagten daran gemangelt, und er unwissend einen sehr vortheilhaften Handel getroffen, oder geglaubet, daß der andere ohne seinen Schaden so

viel gegeben, weil er mit dem Kaufgelde, oder der gekauften Sache mehr gewinnen können (d). Ein Dolus wird nimmer vermuthet, und ihn erweiset nicht die Quantitas pretii, sondern die Qualitas facti (e).

(a) LAUTERBACH C. T. P. Tit. *de Rescindenda venditione* §. 57. STRYCK U. M. d. T. §. 15. HAHN *de Læsione ultra dimidium* §. 45. ZIEGLER *de Læsione ultra dimidium* §. 37.

(b) COCCEJUS Jur. Controv. Tit. *de Rescindenda venditione* Qu. 5.

(c) L. 22. §. 3. ff. Locati GROTIUS *de J. B. & P.* Lib. 2. C. 12. §. 26. n. 3. THOMASIUS *de æquitate cerebrina* L. 2. *de Rescindenda Venditione* cap. 2. §. 21. 22. 23. HEINECCIUS *ad Grotium de J. B. & P.* Lib. 2. C. 12. §. 26. WEGE *de Locatione & Conductione* C. 5. n. 12. 120.

(d) WOLF *Jur. Nat.* Part. IV. §. 1051.

(e) L. 10. C. *de Rescindenda venditione* LAUTERBACH d. l. §. 12. STRYCK d. l.

XXI. Bedenken.

Aus dem L. Rhodia de jactu mag man kein Lucrum cessans fordern.

Es schadet der Frau nicht, wenn ihr Ehemann auf eine ihre Paraphernalien betreffende Citation ausengeblieben.

Als die Franzosen Göttingen in Besitz hatten, machten sie aus dem Schädlerschen Hause ein Lazareth. Nach ihrem Abzuge begehrten die Eigenthümer von der Stadt ex L. Rhodia de jactu Schadloshaltung.

Diese wandte ein, 1) der Feind habe des Hauses eigenmächtig sich angemasset, weswegen der daraus entstandene Schade nicht anders anzusehen sey, als wenn jemand durch Raub und Plünderung um das Seinige kommen, welches er als einen Casum fortuitum verschmerzen müsse; wie denn auch 2) das Lazareth zum Behuf der im Felde gestandenen Truppen angeleget wäre, mithin allenfalls vom Lande Schadloshaltung begehret werden müste. Endlich 3) wären die Kläger in dem sub pœna præclusionis zu Liquidirung der an die Stadt machenden Forderungen anberahmten Termin nicht erschienen.

Allein 1) ist zu Begründung der Klage hinlänglich, daß der Eigenthümer des Hauses eine auf die Stadt gelegte Last allein getragen, und sie davon

befreyet

befreyet hat (a). Es kömt nicht darauf an, ob solches gutwillig oder gezwungen geschehen, noch cessiret die Ratio Legis deswegen, weil die Franzosen das Haus zum Lazareth erwählet haben, und es ihnen vom Stadt-Magistrat nicht angewiesen ist, massen dem ohngeachtet obbenannter Vortheil der ganzen Stadt daraus entstanden. Daß kein Raub verübet, sondern die Stadt beschweret worden, erhellet daher, daß die Einwohner vom Feinde nicht herausgeworfen sind, sondern dieser den Magistrat genöthiget hat, sie zu Räumung des Hauses anzuhalten. 2) Thut es nichts zur Sache, wenn gleich das Lazareth nicht allein der Garnison gewidmet war. Denn zu Kriegeszeiten theilet der Feind die Lasten nicht dergestalt aus, wie es das Vermögen der Unterthanen und die Billigkeit erfordert, sondern nach seiner Convenienz. Da nun Lazarethe füglicher in grossen Städten, als auf dem Lande angerichtet und unterhalten werden, so ist deswegen die Stadt Göttingen damit beschweret, und man wäre feindlicher Seits zu verderblichen Gewaltthätigkeiten geschritten, wenn sie diese Last zu übernehmen verweigert hätte. Mehrern Anschein hat 3) die Exceptio præclusionis. Denn vermöge der ergangenen Edictal-Citation sind nicht nur diejenige, welche Capitalien hergeliehen, sondern auch die, so andere Forderungen hatten, selbige mögen herrühren, aus welchem Grunde sie wollen, sub pœna præclusi verabladet, und die Citation ist in den Hannöverschen Anzeigen von 1763. num. 95. überall bekannt gemachet. Hiebey hat man es nicht gelassen, sondern es wurde auch eine specialis citatio dem Schädlerschen Schwiegersohn, Amtmann Leonhard, zu Händen gebracht, und leidet keinen Zweifel, daß specialiter citati non comparentes ihres Rechts verlustig werden (b).

Diesem ohngeachtet sind selbige annoch gehöret, weil sie theils minderjährig (c), und alle abwesend waren (d). In den Anzeigen hatte man die Edictales vom 17ten Nov. am 28sten ejusd. allererst publiciret, da der vierwöchige Terminus fast verstrichen war. Weil auch, was ein Ehemann wegen seiner Frauen Paraphernal-Güter ohne ihre Vollmacht im Gericht vornimmt, nichtig ist (e), so kann des Amtmanns etwanige Versäumnis der Frau nicht schaden. Beklagte musten daher die Kläger schadlos halten, jedoch ist solches auf die Schäden eingeschränket, welche die Feinde verursachet haben, und nicht auf diejenige erstrecket, so aus der unterlassenen Reparation des Hauses entstanden. Denn hier war keine Frage von der Ersetzung des Schadens, welchen des Beklagten Dolus oder Culpa veranlasset hatte, sondern von derjenigen, die der L. Rhodia erfordert. Vermöge desselben muß sich aber der Eigenthümer mit dem vergnügen, was er für die verlohrne Sachen gegeben, quoniam detrimenti,

non lucri fit præſtatio (f) mithin kann er nicht fordern, daß man ihm die verlohren gegangene Sachen in natura verſchaffe. Der Stadt war alſo keinesweges anzumuthen, das Haus zu repariren, und den aus deſſen Unterlaſſung entſtandenen Schaden zu vergüten.

(a) LAUTERBACH *de Aequitate L. Rhodiæ* §. 39. STRYCK U. M. Tit. *de Lege Rhodia* §. 12. LEYSER Spec 160. Med. 3.

(b) WERNHER Tom. III. Part. I. Obſ. 58. Herr v. PUFENDORF Tom. III. Obſ. 86. ENGAU Part. I. Dec. 456. n. 1.

(c) LEYSER Spec. 490. Med. 3.

(d) Herr v. PUFENDORF Tom. I. Obſ. 131. §. 2.

(e) Id. Tom. I. Obſ. 12.

(f) L. 2. §. 4. *de Lege Rhodia de jactu* BRUNNEMANN ad d. L. n. 11. STRUV Ex. 20. §. 19.

XXII. Bedenken.

Die Pœnam infamiæ kann der Richter aus erheblichen Urſachen in eine andere verwandeln.

Ein Schuſter wurde beſchuldiget, daß er wiſſentlich von einem Lehrjungen Leder gekaufet, welches deſſen Meiſter zuſtunde, und deswegen wollte man ihn aus dem Amt ſtoſſen. Nun ziehet de jure Civili ein jeder Diebſtahl Infamiam nach ſich (a); und wer geſtohlne Sachen kaufet, iſt ein Dieb (b). Die Reception dieſes Rechts in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen muß um deſtomehr vermuthet werden, da unſere Landes-Conſtitutionen die Strafen der Diebe vielmehr ſchärfen als mildern.

Zwar wendet KRESS *ad C. C. art.* 162. §. 1. *n.* 4. dawider ein, 1) die peinliche Halsgerichts-Ordnung nenne nur denjenigen einen verleumdeten Dieb, der dreymal geſtohlen, und LYNCKER *Dec.* 123. halte 2) dafür, daß ein Furtum rei minimæ keine Infamiam wirke; wie denn auch 3) dieſe Strafe zu hart wäre, wenn der Dieb den Staubbeſen nicht verdienet hat.

Allein 1) nennet die Carolina denjenigen, welcher dreymal geſtohlen, einen mehrer verläumdeten Dieb, und will alſo nicht, daß er es ein oder zwey-

mal

mal gethan, kein verläumdeter Dieb sey. Sonst würde nur derjenige, welcher die Todesstrafe verdienet infamis, weil von diesen in art. 162. allein die Rede ist. 2) Handelt Lyncker von dem Fall, da ein Schustergesell seinem Meister ein Paar Flickſohlen entwandt, und seines Freundes Schuhe damit umsonst besohlet hatte, mithin war kein Animus lucri faciendi vorhanden, woran es hier gewis nicht fehlet, wenn man den Schuster desjenigen überführet, so ihm beygemessen wird. 3) Sind diejenige nicht nur infames, welche den Staubbesen verdienet haben, sondern auch propter singularem perfidiam andere, als mandatarii, depositarii, tutores &c., obwohl sie keine Leibesstrafe verdienen (c). Ein Richter ist nicht befugt, anders zu erkennen, als es die Gesetze erfordern, wenn ihm gleich die Strafe zu hart zu seyn dünket. Es werden auch geringer Verbrechen und Diebstähle halber Handwerksleute von Aemtern ausgeschlossen (d).

Zwar waren die Aussagen der Gesellen, worauf man die Klage gründete, unbeschworen. Aber diese Leute konnte man vermuthlich annoch umständlicher und eydlich befragen.

Allein wenn gleich der Schuster des ihm beygemessenen Verbrechens völlig überführet würde, so verdiente er dennoch nur auf einige Zeit die Gefängnisstrafe, weil das entwandte Leder von gar geringem Werth war (c). In solchem Fall darf der Richter die Pœnam infamiæ in eine andere etwas härtere verwandeln. Es lehret solches BERGER O. *I.* also: Cum furti postulatus crimen non sine dolore confiteretur, ut ejus famæ consuleretur, Facultas cum pœnam carceris, quam idem reus promerebatur, tantisper auxit; tum ut opificio pistorio, quod pro collega tanquam infami excludendo mirum in modum laborabat, satisfieret, multam eidem solvendam dictitavit; welches WERNHER *Tom. I. Part. V. Obs.* 151. folgendergestalt bestärket: Evitatur infamia si forte gravior, quam par erat, pœna reo dictata fuerit, quia sic quasi transactum cum ipso censetur, ut salva existimatione & fama pœnam sustineat. Ingleichen will COCCEJUS *Tom. III. Resp.* 50. *n.* 5., daß wenn ein Delinquent durch strenge Gefängnis oder andere Strafe ein mehreres erlitten, als in den Rechten verordnet, die Pœna infamiæ dadurch getilget werde. Da nun der Schuster durch die seit 3 Jahren geschmälerte Nahrung weit härter, als mit einer vierwöchigen Gefängnis bestrafet worden, so hat man diese Ahndung 1764. für hinlänglich gehalten, und erkandt, daß er aus dem Amt nicht zu stossen sey.

(a) L. 63. ff. *de Furtis.*

(b) CARP-

(b) CARPZOV *Prax. Crim.* Qu. 87. n. 54. 60. BERGER *Elect. Jurisprud. Crim.* Part. I.

(c) L. 6. §. 5. 6. *de his, qui notantur infamia.*

(d) STRUV *in Decis. Juris opificiarii* Dec. 26. BEIER *de Collegiis Opificum* n. 271. JCti HALLENSES Tom. I. Lib. I. Conf. 213. n. 1.

(e) CARPZOV d. l. n. 60.

XXIII. Bedenken.

Der Diebstahl des Viehes, welcher aus dem Felde geschiehet, ist nicht schwerer zu bestrafen, als wenn es aus dem Stalle weggehohlet worden.

Ein Fleischer hatte eine im Felde angetroffene Sau mit drey Ferken gestohlen, welche des Eigenthümers eidlicher Angabe nach wenigstens 21 thlr. werth gewesen. Die Meynung derjenigen, so lehren, daß wenn aus einer Wiese Vieh weggetrieben worden, solches schärfer zu bestrafen sey, als wenn es aus einem Stall geholet ist, scheinet in dem L. 1. §. 1. ff. de Abigeis Grund zu haben, als welcher will, Abigeos proprie hos haberi, qui pecora ex pascuis vel ex armentis subtrahunt, & quodammodo deprædantur. Hiebey aber kömt nicht wohl überein der L. 3. §. 1. d. t. worin es heisset: Eum quoque *plenius* coercendum, qui a stabulo abegit domitum pecus, non a sylva, nec a grege. Es bemerket jedoch Cujacius, daß in den Libris Basilicorum anstatt *plenius*, dieses Wort übersetzet worden, *lenius*, daher denn viele dafür halten, daß ein aus dem Felde geschehener Diebstahl des Viehes schwerer zu bestrafen sey, als wenn es sich in einem Stall befunden (a).

Allein es ist eine grössere Verwegenheit, aus diesen, allwo gemeiniglich in der Nähe sich Menschen finden, als aus der Weide, da in flagranti fast nimmer ein Dieb ertappet wird, Vieh zu stehlen, und daher jenes keinesweges gelinder, als dieses zu bestrafen (b).

Es hält THOMASIUS *de Abigeatu* §. 60. dafür, die Verfasser der Basilicorum hätten den L. 3. verbessern wollen, und dieses ist deswegen nicht unwahrscheinlich, weil der Griechische Kayser mittelst selbiger ein neues kürzeres Werk aus den Digestis, Codice und Novellen verfertigen lassen (c), mithin dieses keine blosse Uebersetzung ist. Der Gesetzgeber kann die Strafen schärfen, um die Menschen von solchem Verbrechen abzuschrecken, die ohne grosse Mühe

und

und Gefahr begangen werden, und deswegen wollen die Chur-Braunschweigische Landes Verordnungen diejenige, so Pferde aus den Wiesen gestohlen, mit dem Strange bestrafet, auch Feld- und Gartendiebereyen ausserordentlich scharf geahndet wissen (d). Nirgend aber ist die Todesstrafe auf den Diebstahl andern Viehes, und die Feldiebereyen gesetzet, mithin darf der Richter jenes scharfe Gesetz nicht auf den Fall ausdehnen, wenn Schweine aus dem Felde gestohlen werden. Bey uns strafet man die Abigeos als Diebe (e). Ein Furtum primum, magnum, & restitutum, verdienet jedoch nur die Karrenstrafe, insonderheit wenn es nicht præmeditatum ist (f). Der Inquisit war aber auf das Stehlen nicht ausgegangen, sondern eine unerwartete Gelegenheit hatte ihn dazu verleitet, daher selbiger 1765. auf drey Monathe zum Festungsbau verdammet wurde.

(a) WISSENBACH ad ff. Lib. 47. Disp. 31. §. 17. VOET ad ff. Tit. *de Abigeis* §. 3. MULLER ad Struv Ex. 48. §. 96. Lit. δ.

(b) LAUTERBACH *de Privatis Delictis* §. 56.

(c) GRAVINÆ *Origines Juris Civilis.*

(d) Dieser Rechtlichen Bedenken II. Theils 107. Bedenken §. 10.

(e) BERGER *Elect. Jurisprud. Crim.* Part. I. TITIUS *ad Lauterbach* Obs. 1257. Herr KOCH *Inst. Jur. Crim.* §. 184.

(f) Dieser Rechtlichen Bedenken II. Theils 143. Bedenken.

XXIV. Bedenken.

Ob wegen verübter Nothzucht die Todesstrafe erkandt werden kann, wenn nicht erhellet, daß die Immissio seminis geschehen?

Ein Ehemann gestunde, eine Ehefrau genothzüchtiget zu haben. Zu seiner Vertheidigung wurde angeführet, 1) daß er besoffen gewesen, wie denn ein Mann bezeugte, er habe sich wunderlich gebärdet, unverständlich geredet, getäumelt, und einige Gläser Wasser hintereinander getrunken. Es meldet 2) TEICHMEIER *in Institutionibus Medicinæ legalibus* C. 4. Qu. 3. respondisse Facultatem medicam Lipsiensem, minus credibile esse, absque fœminæ voluntate, eam violento modo posse stuprari. 3) War der Inquisit zur Zeit der verübten That 24 Jahr alt, und also minderjährig. Dieser Umstand befreyet nach

der gemeinern Meynung den Stupratorem von der ordentlichen Strafe (a). Auch der ſelbigen nicht ſchonende Herr J. S. BOEHMER *ad Carpzov* Qu. 75. Obſ. 6. will gleichwohl, furori juvenili aliquid dandum eſſe. 4) War ſehr zweifelhaft, ob die Immiſſio feminis geſchehen, welches die Frau nicht gewis verſichern konnte, und der Inquiſit wollte ſeiner Völlerey wegen nichts davon wiſſen. In praxi wird aber ſelbige ad conſummationem ſtupri violenti erfordert. Die Autores, welche Herr J. S. BOEHMER *in Diſſ. de Rigore juris contra ſtupratores violentos* §. 12. für die widrige Meynung anführet, handeln gröſtentheils von dem gegenwärtigen Fall nicht. Beym Bœrio Dec. 316. und Damhouder in Prax. rer. Crim. c. 98. n. 16. 17. iſt die Frage von dem Crimine ſodomiæ, und beym Wernher Part. I. Obſ. 47. keinesweges von der Strafe des Ehebruchs, ſondern von der Eheſcheidung. Niemand zweifelt aber, daß ſolche erkandt werden muß, wenn gleich die Immiſſio feminis unerwieſen iſt. Herr Boehmer beſtärket alſo ſeine Meynung nur mit einem einzigen Præjudicio Hallenſi, welches er ſelbſt vielleicht veranlaſſet hatte. Es ſchreibet LEYSER Spec. 576. Med. 14.: Conſentiunt omnes ultimum ſupplicium aliter locum non invenire, quam ſi adulterium plene immiſſione feminis ſit conſummatum. Si hæc non acceſſit, pœna extraordinaria infligitur (b). Es ſcheinet aber mit der Nothzucht eine gleiche Beſchaffenheit zu haben.

Dieſem allen aber ſtehet entgegen 1) daß die Völlerey nur alsdenn die Strafe mildert, wenn der Delinquent ſinnlos geweſen (c). Ein ſolcher iſt derjenige nicht, welcher die Umſtände der Geſchichte erzehlen kann, und nur nicht wiſſen will, was ihn graviret (d). Nun erinnerte ſich der Inquiſit, daß er ſeinen Säbel entblöſſet, und damit die Frau zu ſeinem Willen zwingen wollen. Er ſtellete auch in keine Abrede, den Beyſchlaf mit ihr vollzogen zu haben, und ſagte, daß er ſie zur Erde geworfen, davon wohne ihm eine obwohl verworrene Erinnerung bey. Halb und halb wiſſe er ſich zu erinnern, ſich mit derſelben fleiſchlich vermiſchet zu haben. 2) Reden die Medici Lipſienſes ſonder Zweifel von dem Fall, wenn die Weibesperſon nicht durch Furcht und Schrecken an der Gegenwehr behindert worden. Dem Inquiſiten kam ihre Meynung keinesweges zu ſtatten, da er die Frau mit entblöſſetem Säbel bedrohet, dafern ſie ſich nicht nach ſeinem Willen bequemen wolle, und zwar an einem Ort, wo dieſelbe von niemand Hülfe erwarten konnte (e). 3) Mildert die Minderjährigkeit die Strafe der Nothzucht nicht (f). Dieſes geſchiehet nur, wenn auch andere Entſchuldigungen vorhanden (g), an welchen es hier gänzlich mangelte. Ein 24jähriger Menſch verdienet mehrere Nachſicht, als ein 26 jähriger. Es ſchreibet zwar

BOEH-

BOEHMER *ad Carpzov* Obſ. 6., mitiorem pœnam irrogandam minoribus, quia multo acriores ſunt ſtimuli, quibus homo voluptuoſus rapitur, quam ut lubricum ætatis iis ſuperandis par ſit. Aber dieſes fande auf den Inquiſiten keine Anwendung, weil er eine Frau hatte. Nur die gröſte Brutalität konnte ihn alſo bewegen, zugleich einen doppelten Ehebruch und die Nothzucht zu begehen. Was endlich 4) die Immiſſionem ſeminis anlanget, ſo beſtehet das Formale adulterii & ſtupri violenti darin keinesweges. Der Ehebruch wird nicht nur des Unheils halber, welches die Ungewisheit, wer Vater zum Kinde ſey, veranlaſſet, ſondern auch deswegen ſo hart beſtrafet, weil gemeiniglich unglückliche Ehen darauf erfolgen, und dieſes geſchiehet auch citra immiſſionem ſeminis. Käme es auf ſelbige hauptſächlich an, ſo wäre die Strafe jedesmal zu mildern, wenn keine Schwängerung geſchehen, oder die Frauensperſon ihres Alters halber kein Kind zur Welt bringen können. Ich halte daher mit HEINECCIO *Elem. Jur. Germ.* Lib. 2. Tit. 25. §. 246. Herr BOEHMER *ad Carpzov* Qu. 61. Obſ. 1. und Herr MEISTER *Princip. Jur. Crim.* S. II. P. II. c. 24. §. 3. dafür, cerebrinum eſſe corpus delicti immiſſionem ſeminis in adulterio, und ein gleiches lehret mit Grunde von dem ſtupro violento Herr BOEHMER d. l. Obſ. 8. quia pœnæ ratio non tam in privata injuria, quam ſecuritatis publicæ læſione & violenta pudicitiæ delibatione eſt quærenda. Die Königl. Hannöverſche Juſtiz-Canzley war daher der Meynung, daß der Inquiſit mit dem Schwerdt vom Leben zum Tode zu bringen. Königl. Regierung hielte aber dafür, es ſey die Strafe zu mildern, und weil im Zweifel mitior ſententia vorzuziehen, ſo wurde der Inquiſit auf 4 Jahr in die Karre verurtheilet.

(a) BERGER *Elect. Jurisprud. Crim.* Part. I. Herr MEISTER *Princip. Jur. Crim.* S. II. P. II. c. 23. §. 8. Herr KOCH *Inſt. Jur. Crim.* §. 292.

(b) S. auch KRESS *ad* C. *C.* art. 120. MEISTER d. l. KOCH d. l. §. 309.

(c) GRANZIUS *in Defenſione Inquiſitorum* C. 6. n. 224. 225. BERGER d. l. BOEHMER Tom. II. Reſp. 1057. n. 10. 11. HARTMANN *Obſ. Jur. Crim. J. S.* BOEHMER *ad Carpzov* Qu. 146. Obſ. I.

(d) LAUTERBACH *in Conſ. Tubing.* Conſ. 54. n. 30. Conſ. 55. n. 69. ALBERTI *Jurisprud. Medic.* Tom. II.

(e) KRESS *d. l. ad art.* 119. §. 7. BEYER *ad C. C.* art. 119. Poſ. 3. BOEHMER *ad Carpzov.* Qu. 75. Obſ. 2. *& de Rigore Juris in ſtupratores violentos* §. 4.

(f) CARP-ZOV Part. IV. Conſt. 31. Def. 5. LAUTERBACH d. l. Conſ. 36. n. 8. HOMBORG Reſp. 207. n. 16.

(g) LEYSER Spec. 532. Med. 4. 5.

XXV. Bedenken.

Ob in den Grafſchaften Hoya und Diepholz eine im Eigenthum erzeugte Frauensperſon, wenn dieſelbe an dem Ort ihres Aufenthalts einen freyen Mann heyrathen will, wider Willen genöthiget werden könne, ſich frey zu kaufen?

Dieſe Frage iſt von einigen Beamten verneinet, von denen zu Ehrenburg, Nienburg und Stolzenau aber bejahet. Jene gründeten ſich in der natürlichen Freyheit, ob eine Frau der Pflichten entlediget ſeyn wolle, welche das Leibeigenthum mit ſich führet oder nicht, und das Amt Lemförde berichtete, es ſey in ſelbigen von jeher ſo gehalten, daß weder eine Leibeigne Frauensperſon, noch auch der Colonus der eigenbehörigen Stelle, worauf dieſelbe gebohren, und dem die Laſt, ſie frey zu kaufen, ſonſt obliege, jemals zu dem Freykauf wider ſeinen Willen gezwungen worden. Hingegen verſicherten andere Beamte, daß diejenige Leibeigene, welche in keine Leibeigene Stellen heyrathen, ſich freykaufen müſten, weil man die Rechte des Eigenthumsherrn nicht ohngeſchmählert bewahren könnte, wenn die Leibeigene auswärts zur Ehe ſchritten, daher dieſe keinen Brautſchatz eher bekämen, bis ſie ſich frey gekaufet hätten. Die Beamte zu Stolzenau thaten hinzu, daß der Eigenthumsherr in die Heyrath nicht willige, bevor der Freykauf bedungen worden.

Ich halte dieſe Meynung für gegründet, weil man von Alters her den Eigenbehörigen in Teutſchland nicht erlaubet hat, ohne ihres Herren Genehmigung zu heyrathen, ſondern, wenn ſolches geſchehen, ſie an Leib und Leben beſtrafet worden (a). Das Päbſtliche Recht hat zwar dieſe Strenge gemildert, der Knecht jedoch für den Conſens in die Heyrath dem Herrn ein gewiſſes Geld erlegen müſſen (b). Daß auch die leibeigene Weiber im Hoyaiſchen ſchuldig ſind, ſich frey zu kaufen, wenn ſie Heuerlinge oder Soldaten heyrathen, bezeuget PALM *im* Leibeigenthums-Recht C. 6. §. 8. Das Amt Lemförde führte keinen Beweis der vorgegebenen Obſervanz an, und wenn dieſelbe auch dargethan wurde, ſo erwieſe ſie ein in den übrigen Aemtern der Grafſchaften Hoya und Diepholz hergebrachtes Recht nicht.

(a)

(a) POTTGIESSER *de Conditione & ſtatu ſervorum apud Germanos* Lib. 2. c. 2. §. 12. 21.

(b) Id. d. l. §. 25. HARPPRECHT *Altpirſpacenſis Monaſterii Jura privata* §. 9. Meine *Tractation de Bonis Meierdingicis* §. 13.

XXVI. Bedenken.

Wiefern eines Minderjährigen Schuldforderung durch die ſeinem Vormund geſchehene Zahlung erlöſchet.

Es hatte Cajus dem Titio auf einen Wechſel 200 Thlr. geliehen, und als des Gläubigers Sohn Mevius dieſen Schuld-Poſt einklagte, ſezte ihm Titius die Exceptionem ſolutionis entgegen, und wollte behaupten, er habe zu deſſen Tilgung des Mevii Vormund Sempronio eine ihm von dem Juden Moſes ausgeſtellete Obligation in ſolutum angegeben, die ſelbiger annoch in Händen habe, worüber er ihm einen Eid zuſchobe. Sempronius verſicherte aber, daß er die 200 Thlr. qu. ſo wenig, als die in Rückſtand gebliebene Zinſen erhalten. Hingegen wollte beklagter Titius behaupten, es redete deſſen Atteſtat von demjenigen Gelde nicht, deſſentwegen der Eid gefordert worden.

Nun leidet zwar keinen Zweifel, daß die einem Vormund geſchehene Zahlung den Schuldner von der Schuld befreyet, weil jener dazu beſtellt iſt, ſeines Pflegbefohlnen Gelder in Empfang zu nehmen (a), und es kann Sempronius, den von ihm geforderten Eid zu leiſten, nicht verweigern, da ſolches über ein Factum geſchehen, welches ihm als Vormund beygemeſſen wird (b), in welchem Fall kein Procurator omnium bonorum ſich weigern mag zu ſchwören (c). Auch hindert nichts, daß Sempronii Curatel ein Ende genommen. Denn ſolchem ohnerachtet muß der Curandus ſeine Facta präſtiren, und er in propria cauſa Zeugnis geben, wenn es von ihm gefordert wird.

Allein es bliebe die Exceptio immer altioris indaginis, wenn gleich der Eid nicht geſchworen werden könnte, weil ſolchenfalls, dafern keine Verſio in commodum minoris erhellet, dieſer Reſtitutionem in integrum erlangen, und den Schuldner nöthigen kann, noch eimal zu bezahlen, welche ihm einige Doctores angedeihen laſſen, wenn gleich das Geld geſtohlen, oder durch einen Unglücksfall verlohren gangen wäre (e); dahingegen andere erfordern, daß der Vormund ſich eine Nachläſſigkeit zu Schulden kommen laſſen (f).

Alle dieſe Quæſtiones juris & facti erfordern eine weitläuftige Erörterung, daher des Beklagten Exception den Proceſſum executivum nicht hemmen konnte, und 1765. von Königl. Hannöverſcher Juſtiz-Canzley erkandt wurde; „Weil, wenn gleich die vorgegebene Datio in ſolutum erwieſen würde, es doch immer eine Quæſtio altioris indaginis bleibet, ob ſie zum Beſten des Klägers geſchehen, und alſo den Beklagten liberiret, ſo iſt dieſer mit ſeiner Einwendung ad ſeparatum zu verweiſen, und die geſtandene Schuld ſamt rückſtändigen Zinſen binnen 4 Wochen zu bezahlen ſchuldig.„

(a) L. 46. §. 5. *Adminiſtratione tutelæ* BORNIUS *de Solutione pupillis ac minoribus & ab iis tutò faciendâ* C. 4. §. 2.

(b) MEVIUS Part. VII. Dec. 385. LEYSER Spec. 136. Med. 5. MAEVIUS *de Juramentis* Part. III. C. 12. §. 8.

(c) LEYSER d. l. Med. 4. Herr v. PUFENDORF Part. I. Obſ. 181.

(d) L. 1. Cod. *ſi adverſus ſolutionem &c.* BORN d. l. §. 3. 4. 5.

(e) WISSENBACH *ad* L. 1. Cod. *ſi adverſus ſolutionem &c.*

(f) PEREZ *ad* Cod. d. Tit. n. 1. BRUNNEMANN *ad* L. 1. Cod. d. Tit.

XXVII. Bedenken.

Von dem Widerruf des gethanen und ratificirten Bekänntniſſes eines Inquiſiten.

Es iſt eine zweifelhafte Rechts-Frage: Was wider denjenigen vorzunehmen, der ein durch die Folter erpreſſetes und einige Tage nachher ratificirtes Bekänntniß widerrufen hat? Viele Rechtslehrer halten dafür, man könne des Widerrufs ohngeachtet, einen ſolchen mit der Todesſtrafe belegen (a) Hingegen vermeynen andere, es müſſe zur anderweiten Tortur geſchritten werden, und will BOEHMER Tom. III. Part. III. Dec. 881. n. 6., „daß wenn gleich eine Confeſſio bina vice ratificata vorhanden, dennoch aus dem Art. 91. C. C. nicht zu befinden wäre, daß wenn der Inquiſit poſt ratificationem revociret, derſelbe ſo fort mit der zuerkannten Pœna capitali zu belegen, vielmehr daſelbſt auf eine neue Erkänntnis provociret, nicht aber, daß auf die Execution der zuerkannten Todesſtrafe zu erkennen, determiniret, ſondern ſolches auf die Erkänntnis des Richters ausgeſtellet ſey.„ Daher dann die Halliſche Juriſten-Facultät erkannte,

kannte, „daß vor allen Dingen dem Inquisiten nochmals vor Gericht seine unverantwortliche Hartnäckigkeit in Vorenthaltung einer richtigen Bekänntnis, und so oftmals geschehenen Revocationen, mit Vorlegung aller schweren in Actis gegen ihn anzutreffenden Indiciorum ernstlich vorzuhalten, und zu versuchen, ob er dadurch zu einem richtigen und beständigen Bekänntnis gebracht werden könne. In dessen Verweigerung sey derselbe einige Zeit darauf ohne ferneres Befragen, abermahls der Marter, und zwar nunmehro schlechterdings zu untergeben, daß der Scharfrichter ihm die Daumstöcke anlege, damit zuschraube, mit den Bänden schnüre, nicht weniger die Beinstiefel an ihn mässig applicire, und solche Marter, ohnerachtet er bey der Peinigung zu bekennen sich erklären sollte, an ihm exequire.„ Dieser Meynung pflichte ich bey, weil die peinliche Halsgerichts-Ordnung zwischen dem Widerruf einer ratificirten und nicht ratificirten Bekänntnis keinen Unterschied machet, sondern überhaupt will, daß wenn der Gefangene die vorbegangene Missethat läugnet, und doch der Argwohn vor Augen wäre, man ihn ins Gefängnis führen, und weiter mit peinlicher Frage gegen ihn handeln solle, auch der Art. 91. nur ein anderweites rechtliches Erkänntnis, nicht aber die Vollstreckung des Todes-Urtheils erfordert.

Diejenige, welche anderer Meynung sind, erkennen dennoch die Tortur, wenn sich die geringste Bedenklichkeit bey der Sache hervor thut (b). Stehet diese der Inquisit aus, ohne zu bekennen, so sind die Indicia abgelehnet (c). Bekennet und widerrufet er aber zum zweitenmal, alsdenn wird er zum drittenmal gemartert, und wenn man dadurch zwar ein Geständnis herausbringet, der Inquisit aber solches widerrufet, eine ausserordentliche Strafe erkandt (d).

(a) BERGER Elect. Jurisprud. Crim. Part. I. LEYSER Spec 639. Med. 14. 17. FALCKNER *de Eo quod justum est circa Inquisitum variantem.* KRESS ad C. C. Art. 91. PUFENDORF in Proc. Crim. c. 20. §. 43.

(b) BERGER d. l. Part. II.

(c) BEYER ad C. C. Art. 54-57. Pos. 21.

(d) BOEHMER *ad Carpzov* Qu. 26. Obs. 7. GRIEBNER *de Repetitione tormentorum confesso infitiante* §. 20. 21. 23.

XXVIII. Bedenken.

Wegen Verheimlichung der Schwangerschaft ist die Tortur nicht zu erkennen, wenn sich weder eine Verletzung an dem Körper des todten Kindes gefunden, noch zu vermuthen ist, daß solches der Verblutung halber gestorben.

Als Brinkmann des Nachts von einer Hochzeit zu Hause kam, fand er seine Schwester am Feuerherd liegen, und bey ihr ein todtes Kind. Daß ein solches von der Mutter böslich ums Leben gebracht worden, vermuthet die peinliche Halsgerichts-Ordnung Art. 131., wenn 1) das Kind gliedmässig ist, 2) das Weibsbild solches heimlich getragen, und 3) mit Willen allein und ohne Hülfe anderer Weiber geboren hat. Alle diese Umstände schienen allhier fürhanden zu seyn. Denn 1) waren nach dem Zeugniß des Visi reperti des Kindes Nägel an Händen und Füssen vollgewachsen, und überhaupt der ganze Körper vollkommen. 2) Bekannte die Inquisitin, daß sie dem Pastor auf sein Befragen, und ihrem Bruder 14 Tage vor der Niederkunft die Schwangerschaft nicht gestehen wollen. Dieselbe schiene 3) mit Willen ohne Hülfe geboren zu haben, weil sie nach empfundenen Geburtsschmerzen von dem im Hause gewesenen Bruder nicht begehret, daß er die Bademutter hohlen solle. Die Niederkunft geschahe zwar am Feuerheerd, und also an einem Ort, wo sie nicht füglich verborgen werden konnte. Die Inquisitin war jedoch ganz allein im Hause, und vermuthete vielleicht, daß ihr Bruder so lange auf der Hochzeit bleiben würde, bis sie das Kind auf die Seite geschaffet hätte.

Diese Anzeigen sind allerdings stark, diejenige aber noch stärker, welche gläublich machen, daß die Mutter den Tod des Kindes nicht vorsetzlich veranlasset hat. Aller rechtlichen Vermuthung nach lässet der Gesetzgeber Einschränkungen der im Art. 131. enthaltenen Regel zu, wenn die aus der Verheimlichung der Schwangerschaft entstehende Anzeige durch andere Vermuthungen geschwächet wird (a), insonderheit aber, wenn an dem Kinde keine Verletzung der innerlichen und äusserlichen Theile zu finden. Besage Visi reperti hat aber die Inquisitin weder committendo, noch vorsetzlich omittendo dessen Tod verursachet. Committendo war es nicht geschehen, weil der Körper des Kindes ganz unverlezt, auch dessen Gesicht roth und weiß war (b). Man mögte glauben, es sey omittendo geschehen, da die Nabelschnur nicht verbunden worden. Dieses ist jedoch keine Ursach des Todes, wenn sich Blut in den Adern

findet.

findet. Es bezeuget ALBERTI *Jurisprud. Medic.* Tom. II., daß wenn die Vasa sanguifera nicht sehr vom Blut ausgeleeret gewesen, das Kind an keiner Verblutung gestorben sey: und TEICHMEIER *Instit. Medic. Legal.*, quando ex hæmorrhogia funiculi umbilicalis infans moritur, nullam vel exiguam sanguinis quantitatem in corpusculo & visceribus deprehendi; auch HEBENSTREIT *in Anthropologia forensi* ad hæmorrhogiam lethalem exinde factam a fune umbilicali non deligato concludere neutiquam licere, nisi vacuitas vasorum venosorum reperta fuerit; imgleichen LYNCKER Vol. I. Resp. 39. n. 54., daß wenn sich noch Blut in den Adern gefunden, die Verblutung ob non deligatum funiculum nicht tödtlich seyn könne. Besage Visi reperti war aber das Herz und die nächsten grossen Blutgefässe mit schwarzem Blut, und mehr als die im Unterbleibe befindliche angefüllet. Das Kind ist also vermuthlich vom Frost gestorben. Denn es bemerket ALBERTI *d. l.* Tom. III., daß wenn solches in der Kälte gebohren worden, das Blut im Leibe coagulire, und HEBENSTREIT d. l., esse causas externas, quæ sanguinem per funiculum umbilicalem, etiamsi devinctus haud sit, fluere haud patiuntur, frigus scilicet, aut aliqua res funiculum premens, eumque continens. Es geschiehet überaus selten, daß ein Kind auf solche Weise umkömt, daher nicht zu vermuthen, daß die Inquisitin es erwartet hat. Ihre Schwester bezeugte, wie sie dafür gehalten, noch 7 bis 8 Wochen Zeit zu haben, und dieses ist von einer Primipara nicht unglaublich. Als der Bruder wegging, war sie noch in der Stube, und konnte glauben, die Schmerzen würden übergehen. Nachdem solche zunahmen, legte sie sich an einen Ort, allwo der Bruder sie gewiß finden muste. Daß selbige aber von diesem nicht vermuthet, er würde ihre Niederkunft verheelen, erhellet aus ihrer Bemühung, ihm die Schwangerschaft zu verbergen. Die Inquisitin konnte unmöglich wissen, wie bald ihre Entbindung geschehen würde, und daß also solche an dem Ort, wo sie sich befande, dem Bruder unbekannt bleiben könne. Das Lager am Feuerheerd lässet auch nicht vermuthen, daß das Kind nach ihrer Absicht erfrieren sollen, noch ist unglaublich, daß sie ausser Stande gewesen, selbigem zu helfen. In zweifelhaften Fällen muß die Tortur, bevorab gegen ein schwaches Weibsbild, nimmer erkandt werden, und die Versäumniß der Inquisitin hat man mit der geschehenen Verdammung in das Zuchthaus auf 6 Jahr hart genug bestrafet.

(a) LYNCKER Vol. I. Resp. 39. n. 35. 36. 37. KRESS ad C. C.

(b) ALBERTI *Jurisprud. Medic.* Tom. II. BOEHMER *ad Carpzov.* Qu. 16. Obs. 2.

XXIX. Bedenken.

Von Bestrafung der Blutschande, welche ein Stiefvater mit seiner Stieftochter begangen.

Vermöge Herzog Henrich Julii Constitution von 1593. sollen alle und jede Personen, so Blutschande begangen, nach jeder Unthat Gelegenheit unterschiedlich, jedoch in alle Wege am Leben bestrafet werden (a). Als daher Kastenbein gestunde, seine Stieftochter Johanne Marie Müllers geschwängert zu haben, so schiene es, als hätte er das Leben verwirket, und zwar um destomehr, weil das Verbrechen bey Lebzeiten seiner Frau, der Geschwängerten leiblichen Mutter, geschehen, die Stieftochter auch nicht unwahrscheinlich angabe, daß sie vom Inquisiten mehrmalen zum Beyschlafe gezwungen sey.

Allein gleichwie überall der Incestus inter affines mit dem Staubbesen und der Landesverweisung bestrafet wird (b), so ist es auch von jeher in den Braunschweig-Lüneburgischen Landen geschehen (c), mithin erfordert die Observantia interpretativa, daß man obangeführte Contribution de incestu consanguinitatis in linea recta verstehe, oder sie ist per contrariam observantiam längst abgeschaffet.

Da auch der einfache Ehebruch mit der Karren- oder Zuchthausstrafe auf 6 Wochen geahndet zu werden pfleget (d), so kann derselbe, wenn eine Blutschande hinzukömt, keine Todesstrafe verdienen.

Der vorgegebene Zwang der Stieftochter war zwar unerwiesen. Jedoch konnte der Stiefvater nicht in Abrede stellen, daß er sie durch böse und gute Worte zum Beyschlaf beweget hatte. Selbige war nach des Predigers Zeugniß ein einfältiges Mensch, deren Lebenswandel bisher untadelhaft gewesen, daher sie viel gelinder zu bestrafen war, als ihr Stiefvater. Weil in den Chur-Braunschweigischen Landen durch die Verordnung vom 18ten Decembr. 1717. die Staubbesenstrafe in eine Karren- oder Zuchthausstrafe verwandelt worden, so ist deswegen 1765. Kastenbein auf Lebenszeit zum Festungsbau, seine Stieftochter aber auf 5 Jahr in das Zuchthaus verdammet.

(a) Dieser Rechtlichen Bedenken II. Theils 108. Bedenken §. 1.

(b) STRYCK U. M ff. *ad L. Juliam de adulteriis* §. 39. HERTIUS Vol. I. Resp. 277. n. 4. HORN Class. XV. Resp. 54. n. 16. KOCH *Inst. Jur. Crim.* §. 337.

(c) EN-

(c) ENGELBRECHT *in Collatione Juris Communis & Brunſuico - Luneburgici* c. 4. §. 13.

(c) Dieſe Rechtliche Bedenken d. l. §. 2

XXX. Bedenken.

Es mildert die Strafe des Diebſtahls nicht, wenn der Beſtohlne kein wahrer Eigenthümer der geſtohlnen Sache geweſen.

Der Licentſchreiber Tolle hatte eine Flinte gefunden, die vermuthlich zu Kriegeszeit ein Deſerteur von ſich geworfen. Er erlaubte ſeinem weggeſandten Knecht, ſie mit zu nehmen. Dieſer aber lief davon, und veruntreuete das Gewehr. Als er zur gefänglichen Haft gebracht wurde, entſtund die Frage, ob derſelbe als ein Hausdieb zu beſtrafen ſey?

Daß ſein Herr die Flinte gefunden, konnte ihm nicht zu ſtatten kommen. Denn die Actio furti erfordert keinesweges, daß der Furtum paſſus wahrer Eigenthümer der geſtohlnen Sache ſey, ſondern iſt genug, daß ihm die Entwendung Schaden bringet (a), daher dieſe Actio auch einem Pfandsinhaber zuſtehet (b). Sonder Zweifel war der Licentſchreiber in bona fide, welcher die Flinte in einem Buſch gefunden, allwo ſie kein Reiſender verlieren können, und ſelbige ihrer ſchadhaften Umſtände halber eine geraume Zeit gelegen haben muſte. Es war daher des Eigenthümers Animus derelinquendi zu vermuthen, mithin unnöthig, ihn durch ein Proclama ausfündig zu machen. Solchen Animum erweiſet das zweyjährige Stillſchweigen (c). Dieſe Zeit war faſt abgelaufen, & retrotrahitur tempus exiſtentis termini præſcriptionis ad illud, quo res eſt inventa (d).

Zwar heiſſet es in L. 71. §. 1. ff. de Furtis: Ejus rei, quæ pro herede poſſidetur, furti actio ad poſſeſſorem non pertinet, quamvis uſucapere quis poſſit, quia agere furti poteſt is, cujus intereſt rem non ſubripi, intereſſe autem ejus videtur, qui damnum paſſurus eſt, non qui lucrum facturus eſſet. Aber dieſes verſtehet mit gutem Grunde DONELLUS *de Jure Civili*, Lib. 26. de lucro quod ex re aliena captatur *invito domino*; welcher Fall allhier nicht vorhanden, da obangeführtem nach der Animus derelinquendi zu vermuthen iſt. Ueberdem handeln die Römiſche Geſetze von dem Intereſſe privato des Furtum paſſi. Hier aber iſt die Frage von der Strafe, und es eben ſo ſtrafwürdig, wenn je-

mand stiehlet, was dem Besitzer nicht gehöret, als wenn er dessen wahrer Eigenthümer ist.

Es verdiente aber der Umstand Aufmerksamkeit, daß dem Inquisiten erlaubet worden, die Flinte mitzunehmen, und er also selbige vielmehr veruntreuet, als gestohlen hatte. Zwar vermeinet nicht ohne Ursach Herr BOEHMER *ad Carpzov.* Qu. 85. Obs. 7. daß eine solche Untreue so strafbar sey, als eine andere Entfremdung fremder Sachen. Er gestehet jedoch, daß die widrige Meynung in foro angenommen ist.

Man hat den strengen Rechten gemäß, den Inquisiten auf Lebenszeit zum Festungsbau verurtheilet, der Königl. Regierung jedoch anheim gegeben, ob selbige diese Strafe auf gewisse Jahre einschränken wolle.

(a) L. 10. ff. *de Furtis.*

(b) L. 12. §. 2. ff. *de Furtis.* CUJACIUS *Julii Pauli receptarum Sententiarum* Lib. 2. Tit. 31. HUBER ad ff. Tit. *de Furtis* n. 4. BRUNNEMANN ad L. 10. ff. *de Furtis.*

(c) LEYSER Spec. 443. Med. 3.

(d) BORN *de Inventione rerum casu amissarum*, th. 10. Lit. e.

(e) LEYSER Spec. 537. Med. 16. 17. KRESS ad C. C.

XXXI. Bedenken.

Ein Kaufmann, der jemand Credit giebet, kann von dem ihm gebührenden Preis der Waaren nur von der Zeit an Zinsen fordern, da er den Käufer gemahnet hat.

Es muß zwar gemeiniglich der Käufer dem Verkäufer das bedungene Kaufgeld verzinsen. Dieses wollen auch von Kaufleuten einige behaupten, und zwar fürnemlich deswegen, weil die Rechte ihrentwegen keine Ausnahme von der Regul machen (a). Sie thun es aber allerdings in dem Fall, wenn der Verkäufer keine baare Bezahlung erwartet, sondern dem Käufer Credit giebet (b). Dieses geschiehet nun von unsern Kaufleuten immer, wenn sie mit Leuten handeln, die Credit verdienen, als welche jede gekaufte Waare nicht sogleich, sondern erst zu bezahlen pflegen, wenn sie eine beträchtliche Summe schuldig worden,

und

und wer alsdenn die Schuld abträget, dem muthet kein Kaufmann einige Zinszahlung an. Dieſes räumet LEYSER Spec. 211. Med. 7. alſo ein: Negotiatores etſi emtoribus moram expreſſe non indulgeant, faciunt hoc tamen plerumque tacite, dum merces emtas auferre ſinunt, neque præſentem pecuniam poſcunt. Sciunt enim morem receptum, quo iſtiusmodi emtores pretium non ſtatim, ſed poſt aliquod demum intervallum ſolvunt. Wem aber der Kaufmann Credit giebet, dem kann man keinen Verzug beymeſſen, bevor die Zahlung von ihm gefordert worden. Auch dieſes ziehet Leyſer nicht in Zweifel. Er vermeynet jedoch, man könne den Kaufleuten keinen Beweis der Interpellation anmuthen, mit dieſen Worten: Poſſet Brunnemanni admitti ſententia, qui uſuras a tempore interpellationis currere ait, ni illa lites augeret magis, quam minueret, dum negotiatori onus probandi interpellationem difficilliuum imponit. Sumtus certe in hanc probationem faciendi uſuras plerumque exſuperabunt, und deswegen will er, man ſolle nach der Preuſſiſchen Verordnung tacitam dilationem auf ein Jahr einſchränken. Allein wenn gleich dieſes Geſetz billig iſt, ſo hat es doch in den gemeinen Rechten keinen Grund, welchem gemäß unſere Richter erkennen müſſen. Die Anmahnung erfordert keinen ſchwerern Beweis, als andere Handlungen, welche derjenige, ſo ſich darin gründet, darthun muß, obwohl es den Proceß verlängert, und die Koſten mehret. Nachdem in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen die Kramerbücher keine Schuld erweiſen, ſo ſehen ſich die Kaufleute öfters genöthiget, zur Eides Delation zu ſchreiten. Mittelſt ſelbiger können ſie ſo leicht, und mit eben den Koſten das geſchehene mahnen, als die Schuld ſelbſt, darthun. In Sachſen erfordert man ſogar Interpellationem judicialem (c). Bey uns iſt aber eine auſſergerichtliche hinlänglich (d).

(a) GUTSCHMID *de Jure mercatorum in exigendis uſuris ex mora* §. 12. Traugott THOMASIUS *in Problem. an mercator uſuras pretii pro merce vendita & tradita tardius ſoluti poſſit exigere* §. 7.

(b) STRYCK *ad Lauterbach Tit. de actione emti & venditi Verb. poſt moram.* LAUTERBACH *C. T. P.* d. t. §. 53. SCHWEDER *de uſuris pretii tardius ſoluti* §. 57.

(c) BERGER *E. D. F.* WERNHER Part. VI. Obſ. 427.

(d) MEVIUS Part. III. Dec. 2. LAUTERBACH d. l. SCHWEDER d. l. HERTIUS Vol. I. Reſp. 142. n. 2.

XXXII. Bedenken.

Ob derjenige, welcher Veniam ætatis erhalten, eines andern Vormund seyn kann?

Die Rechtsgelehrte halten dafür, daß ein Unmündiger, welchem Venia ætatis ertheilet worden, nicht Vormund seyn könne. Diese Meynung gründet sich gleichwohl in keiner ausdrücklichen Verordnung der Rechte, sondern man führet zu deren Beweis an, 1) daß die Conceſſio veniæ ætatis, als ein Privilegium, im engsten Verstande zu nehmen (a), mithin auf des Unmündigen eigene Geschäfte einzuschränken sey (b). Es heisset 2) in L. 4. Cod. de his qui veniam ætatis impetraverunt: Si quis aliquid dari vel fieri voluerit, & legitimæ ætatis fecerit mentionem, vel si se absolute dixerit perfectæ ætatis, illam tantummodo ætatem intellectam esse videri volumus, quæ & viginti quinque annorum curriculis completur, non quæ ab imperiali beneficio suppletur, & præcipue quidem in substitutionibus vel restitutionibus hoc intelligi sancimus, nihilominus tamen & in aliis, nisi specialiter quisquam addiderit, ex venia ætatis velle, aliquid procedere; woraus man folgert, daß demjenigen legitima ætas mangelt, welcher nicht 25 Jahr alt ist (c). Da auch 3) besage des Lib. 2. Cod. d. Tit. kein Unmündiger, der für mündig erkläret worden, seine unbewegliche Güter ohne obrigkeitliche Genehmigung verkaufen und verpfänden darf, ein Vormund aber vielfältig dazu schreiten muß, so scheinet auch deswegen jener von allen Vormundschaften auszuschliessen zu seyn.

Nun handelt zwar der L. 4. *de his qui veniam ætatis impetraverunt*, von den Fällen, da nicht sowohl auf die gute Beurtheilungskraft eines Menschen und auf dessen Tüchtigkeit etwas auszurichten, als auf andere Umstände desjenigen, dem eine Sache zugedacht ist, oder der sie herausgeben soll, in einem letzten Willen oder Vertrage gesehen worden. Es liefe des Testirers oder Schenkenden Absicht zuwider, wenn wegen erlangter Veniæ ætatis einer den Genuß der geschenkten oder vermachten Sache ehe entbehren, und der andere ihn früher erlangen sollte, als im Testament oder Vertrage geordnet worden. In diesen Fällen ist nicht zu vermuthen, daß der Gesetzgeber einem Dritten zum Nachtheil jemanden Gnade wiederfahren lassen wollen. Es kann auch ein Vormund, der 25 Jahr alt ist, die Verpfändung seiner Güter mit einem gerichtlichen Decreto bestätigen lassen, und da die Rechte nur alsdenn demjenigen, welcher Veniam ætatis erlanget hat, die Befugnis der Großjährigen versagen, wenn er unbewegliche Güter veräussert, so bestärket diese Exception die Regel in non exceptis,

ceptis. Weil jedoch die Rechtslehrer gemeiniglich anderer Meynung sind, auch in den Conceſſionibus veniæ ætatis vielfältig geſaget zu werden pfleget, daß die für mündig erklärte ihren eigenen Sachen ſelbſt vorſtehen mögen (e), aber niemand zweifelt, daß der Landesherr einem Unmündigen, der Veniam ætatis erlanget hat, das Recht mittheilen kann, ſo wohl unbewegliche Güter zu veräuſſern (f), als öffentliche Aemter zu verwalten (g), mithin auch Vormundſchaften zu übernehmen, ſo iſt am ſicherſten, daß ſolches ausgewirket werde, und von Königl. Juſtiz-Canzley der Königl. Landes-Regierung 1763. angerathen, dem jungen Wulkop nicht nur Veniam ætatis zu ertheilen, ſondern ihm auch zu erlauben, die Vormundſchaft ſeiner Geſchwiſter zu übernehmen.

(a) VOET ad ff. Tit. *de Tutelis* §. 5.

(b) MYLER *de Etologia ordinum imperialium* c. 7. §. 3. MULLER *ad Struv* Ex. 8. §. 53. Lit. ξ. n. 4.

(c) VOET d. l. MULLER d. l. LAUTERBACH C. T. P. Tit. *de Tutelis* §. 16.

(d) WERNHER Tom. III. Part. I. Obſ. 4. n. 5.

(e) BEYERI *Volckmannus emendatus* P. I. Tit. II. c. 7. §. 8. P. III. Tit. III. c. I. n. 43.

(f) MULLER d. l. n. 4. LEYSER Spec. 60. Coroll. 2.

(g) MYLER d. l. §. 7. 8.

XXXIII. Bedenken.

Von den Zinſen über das alterum tantum, beſonders denjenigen, welche eine Kirche fordert.

Es miſſet ZAUNSCHLIFFER *in Tr. de Variationibus Deciſ. Mevianarum Variat.* 31. dem MEVIO einen Widerſpruch bey, wenn er Part. VI. Obſ. 386. ſchreibet, eos, qui ſentiunt conſtitutionem de altero tanto non pertinere ad cauſas & loca pia, nullo juris texta niti, ſed ſibi tantum ſingularem æquitatem imaginari, de qua tamen ſine lege ſtatuant, cujus ipſis poteſtas non ſit data; hingegen aber Part. VII. Obſ. 136. behaupten will, de jure communi ab illa conſtitutione, quæ uſuras ultra alterum tantum non vult deberi, pia loca excipi, quæ exiſtimentur eodem jure merito frui, quo civitates, quibus hoc indultum, ut uſu-

ras

ras integras , etſi alterum tantum exceſſerint , capiant. Es vermeynet zwar SCHARNHORST in *Conciliatione antinomiarum Mevianarum* Var. 31. am lezten Ort werde nur von ſolchen Zinſen geredet , quæ ſunt dicatæ ſuſtentationi piorum locorum , veluti alimenta , ut aut oporteat illas adjudicare , aut vero pietatem deſtituere & illam peſſundare. Allein hierauf antwortet gründlich BOEHMER *in Jure parochiali* Sect. 6. c. 2. §. 17.: Ita rurſus æquitatem absque lege agnoſcit Mevius contra propriam doctrinam. Ubi uſuræ a multis annis ſunt debitæ ægre alimentorum rationem habere debent. Das den Kirchen beygelegte Vorrecht hat alſo in den Geſetzen keinen Grund.

Von demjenigen , was die Römer wegen der Zinſe ultra alterum tantum verordnet haben , iſt aber auch das wenigſte bey uns eingeführet. Jedoch wollen ESBACH *ad Carpzov* Part. II. Conſt. 30. Def. 26. und LEYSER Spec. 248. Med. 1. behaupten , es ſey nach Verlauf vieler Jahre eine Capital , welches bis dahin verzinſet worden , getödtet , und der Schuldner nicht das Mindeſte ferner zu bezahlen verbunden , weil ſowohl vielfältig den Römiſchen Geſetzen gemäß dergeſtalt erkandt worden , als dergleichen Schuldner von andern Richtern zur Zahlung angehalten ſind , in pugna autem ſemper vincere debere illam partem , quæ cum lege facit. Allein die den Gläubigern zu ſtatten kommende Praxis der Braunſchweig-Lüneburgiſchen Gerichte leidet nicht den mindeſten Zweifel. Es wird in weitläuftigen Concurs-Sachen ſelten eine Sententia prioritatis eröfnet , welche nicht die Befriedigung ſolcher Gläubiger erfordert , die von ſo langen Jahren Zinſe empfangen haben. Von denen Landesherren ſelbſt iſt auch nimmer verweigert , dergleichen Schulden aus ihren Rent-Cammern und öffentlichen Caſſen abführen zu laſſen.

Wenn die Zinſen unbezahlet geblieben , ſo vermeynet COCCEJUS *Jur. Controv. Tit. de Uſuris* Qu. 8. , daß ein ſäumhafter Schuldner ſie nicht über das Alterum tantum bezahlen dürfe , cum alias tota prohibitio fruſtranea eſſet , quia ſemper ſupponitur mora ſolvendi. Selbige iſt aber nicht fürhanden , wenn der Schuldner probabilem litigandi cauſam gehabt , und alsdenn finden die Römiſchen Geſetze bey uns billig Platz , wie in dieſer Rechtlichen Bedenken *I.* Theils *CXXIII.* Bedenken angemerket worden. Auſſer wenigen Fällen werden in hieſigen Gerichten allerdings Uſuræ ultra alterum tantum zuerkandt , wie vom Königl. Ober-Appellations-Gericht bezeuget der Herr von PUFENDORF Part. I. Obſ. 14. §. 6. und im Fürſtenthum Lüneburg ertheilte die Regierung unterm 3ten Decembr. 1692. ein Atteſtat dahin , „ daß regulariter die gewöhnliche in den Reichs-Conſtitutionen determinirte Intereſſen der jährlichen 5 pro-Cent , auch

ultra

ultra alterum tantum, auſſer ein und andern Particulir-Fällen, da denen dabey befundenen ſonderbaren Umſtänden nach, in ſpecie wann etwa eine langwierige groſſe Negligenz in exigendo wahrgenommen, dieſelbe allein usque ad alterum tantum zuerkandt worden, denen Creditoribus zuerkandt zu werden pflegen.„ Eben alſo iſt auch von der Königl. Hannöverſchen Juſtitz-Canzley 1762. in Sachen D. Gläubiger, wider den von D. und 1763. in Sachen der Kirche zu Willershauſen wider die von Diepenbroik erkandt. Dieſe Meynung hat auch das Kayſerliche Cammergericht angenommen, wie Herr B. von CRAMER Obſ. 23. §. 6. und Obſ. 102. alſo bezeuget: Uſuræ nondum ſolutæ, licet ſummam ſortis multoties excedant, & in plura altera tanta excreſcant, attamen creditori praxi Camerali recentiſſima adjudicandæ, nec attendenda diſtinctio inter moram extrajudicialem & judicialem.

XXXIV. Bedenken.

Ob ein erheblicher Eyd, welcher ohngefordert vor einem Richter geleiſtet iſt, der in der Sache nicht zu erkennen hat, noch einmal geſchworen werden müſſe?

Ein ohne des Richters Geheiß geleiſteter Eyd hat keine rechtliche Würkung (a), wenn er ihn nicht ſelbſt jemanden auf ſein Verlangen abnimmt, und dadurch ſelbigen für erheblich erkläret (b). Dieſes war jedoch in Sachen T. wider D. von einem Gericht geſchehen, welches über die Erheblichkeit des Eydes nicht zu erkennen hatte. Daher entſtand die Frage: Ob ſelbiger noch einmal geſchworen werden müſſe, nachdem derjenige, welcher es bereits gethan, ſo viel beygebracht hatte, daß er zum Erfüllungs-Eyde zu laſſen ſey, mithin die Relevanz des bereits geleiſteten auſſer Zweifel geſetzet war? Man hat es nicht für verantwortlich gehalten, ſolches zu erfordern, und den Nahmen Gottes vergeblich anrufen zu laſſen, weil wenn der Kläger vor dem auswärtigen Gericht einen Meineyd ſollte begangen haben, er gewiß kein Bedenken tragen würde, es vor einem andern Gericht noch einmal zu thun. Die Geſetze verlangen eine ſolche unnütze Wiederholung nicht, wenn den vor einem incompetenten Richter geleiſteten Eyd der competente Richter zulaſſen müſſen, und iſt die obangeführte Lehre, daß ein abgeſtatteter Eyd keine rechtliche Würkung hat, dafern nicht des Richters Geheiß vorher gegangen, auf den Fall einzuſchränken, wenn man dazu jemanden billig überall nicht laſſen ſollen.

(a) CARPZOV Part. I. Conſt. 12. Def. 34. Part. IV. Conſt. 17. Def. 15.

(b) IDEM Lib. III. Reſp. 52. num. 3.

XXXV. Bedenken.

Ob es jedesmal zum Beweis des Kindermords hinreichet, wenn sich in den Blutgefässen des todten Körpers kein Blut gefunden.

Es bekannte Anne Elisabeth Schöningen, daß sie ihr uneheliches Kind, so bald es zur Welt geboren, ins Wasser geworfen, und wohl denken können, daß es darin ertrinken müsse. Es schiene daher eine unnöthige Untersuchung zu seyn, ob solches gelebet habe? der Herr von JUSTI in seiner historischen und juristischen Schriften *I.* Bande lässet sich hievon also vernehmen: „Gesetzet, daß es zweifelhaftig ist, ob das Kind lebendig oder todt zur Welt geboren sey, so verdienet doch die grausame Wuth (der Mutter) gegen ihr eigen Fleisch und Blut, in welcher sie sich nicht einmal Zeit nimmt, das Leben oder den Tod ihres jezt gebohrnen Kindes zu untersuchen, ganz ungezweifelt die Todesstrafe. Ja wenn es auch ausser Streit wäre, daß sie gegen ihr Kind gewütet, und ihm Wunden und Verletzungen zugefüget hätte, nachdem es bereits todt gewesen wäre, so würde dennoch auch dieses Verbrechen mit der Todesstrafe zu belegen seyn.„ Ich gestehe gern, daß der Gesetzgeber eine solche Bestrafung verordnen könne; aber keinem Richter ist es erlaubet, wenn er nicht versichert ist, daß das Kind von der Mutter committendo vel omittendo getödtet worden (a). Sowohl die Peinliche Halsgerichts-Ordnung *Art.* 6. 147. und 149. als die Chur-Braunschweigische Criminal-Instruction *Cap.* 4. *art.* 6. erfordern eine sorgfältige Untersuchung des Corporis delicti. Die Schöningen sagte aus, wie sie nach einem gethanen Fall keine Bewegung des Kindes in ihrem Leibe gespüret, noch nach dessen Geburt bemerket habe, daß es sich gerühret oder geschrien. Ihr Angeben war um destomehr gläublich, weil sie den Vorsatz das Kind zu tödten, und die verübte That eingestanden, mithin das Todes-Urtheil zu erwarten schiene, und vermuthlich nicht wuste, daß solches nur gefället werden könne, wenn das Kind gelebet habe. Dieses war gläublich, weil besage des Visi reperti eines Medici und Chirurgi der todte Körper leer vom Blut gewesen, in dem dieser Rechtlichen Bedenken *II.* Theil einverleibten Responso der Professor ROEDERER aber schreibet: „Sind die Vasa sanguifera vom Blut leer gewesen, so hat das Kind gelebet, und sich nach der Geburt verblutet.„ Weilen jedoch in des ALBERTI Jurisprudentia medica Tom. V. die Hallische Medicinische Facultät bezeuget, daß ex Observatione bekannt sey, wie sogar auch bey erwachsenen Personen es sich begebe, wenn sie etliche Wochen bey kalter Witterung im Wasser liegen, daß nicht allein ein Theil des Bluts in ihrem Leibe hell, frisch und

flüssig

flüssig bliebe, welches desto ehender bey Kindern geschehen könnte, in welchen die Humores überhaupt liquider sind; solcherwegen aber des Defensoris Vorgeben, daß das Blut im Wasser flüssig worden, und durch die unverbundene Nabelschnur weggelaufen, möglich zu seyn schiene, das Visum repertum auch sehr kurz und mangelhaft war, so erachtete man nöthig zu seyn, vor Abfassung der Urthel von der Göttingischen Medicinischen Facultät ein Responsum einzuholen. Dieses lautet nun folgendergestalt: „Nachdem Hochpreisliche Königl. und Churfürstl. Justitz-Canzley uns Acta criminalia entgegen Annen Elisabeth Schöningen in puncto infanticidii suspecti übersendet, und über nachstehende zwo Fragen unser gegründetes Gutachten verlanget hat: 1) Ob und wiefern aus denen in Viso reperto und sonst in actis vorgekommenen Umständen mit Gewisheit zu schliessen, daß das von der Inquisitin gebohrne Kind lebendig zur Welt kommen? 2) Insonderheit ob das Kind sich wohl verbluten können, wenn es vor der Geburt gestorben? so haben wir besagte Acta forderfamst aufmerksam durchgelesen, und befunden, daß Inquisitin eine ledige Dienstmagd sieben Wochen vor Johannistag von einem Soldaten, mit dem sie sich in eine Versprechung eingelassen, sich habe schwängern lassen, und dabey ihrem Dienst bis vier Wochen nach Weihnachten abgewartet, sodann aber wegen eines von einer Leiter gethanen schmerzhaften Falles, und gleich darauf erfolgten kalten Fiebers, worauf sie auch weiter keine Bewegung des Kindes in ihrem Leibe verspühret, sich aus dem Dienst nach Hause begeben, um das Fieber abzuwarten. Dieses habe kaum aufgehöret, als sie sich den 23ten Febr. auf das Feld, um Holz zu sammlen, begeben hätte. Daselbst habe sie plötzlich Wehen bekommen, und in der grösten Kälte und im Schnee stehend, und an einem Baumzweig sich anklammernd binnen zwo Stunden ein Kind zur Welt gebracht, welches sie alsobald unter grosser Angst und Verwirrung des Verstandes von einem aus ihren Geburtstheilen hangenden Körper abgerissen, bey einem Beine angefasset, und in einen dabey seyenden Wasserkolk, ohne es zu sehen, geworfen. Von dem Kinde selbst aber habe sie kein Geschrey gehöret, noch ein Leben an demselben bemerket; worauf sie wieder nach Haus gegangen, und so frisch, wie vorher gewesen, und die andere Woche darauf wieder bey ihren Brodherrn in Dienst gegangen sey. Am 23sten Mart. sey das Kind in dem Wasser an gedachtem Ort gefunden, und am 25sten darauf von dem Physico, und Chirurgo besichtiget und geöfnet worden, wobey dieselbe zwar äusserlich keine Verletzung als an der Haut über dem Osse frontis einen sugillirten Fleck, und eine unverbundene Nabelschnur, keine Fäulnis an der Haut, so wenig als an den innern Theilen, die alle gesund waren, bemerket hätten. Die Lunge hätte auf dem Wasser, worin sie geworfen worden, ge-

schwommen, das Herz und die grossen Vasa arteriosa und venosa seyen ganz leer von Blut, das Kind selbst aber sey nach allen Theilen vollkommen gewesen.

Wenn wir nun ersterzehlte Facti speciem nach allen ihren Umständen in eine reife Collegialische Erwegung gezogen, so sind wir zwar, was den ersten Punct der uns zur Entscheidung übergebenen Fragen betrift: Ob und wiefern nemlich mit Gewißheit zu schliessen, daß das von der Inquisitin geborne Kind lebendig zur Welt gekommen? nicht in Abrede, daß das Kind lebendig die Welt beschauet zu haben, uns wahrscheinlich vorkommen, anerwogen dasselbe nicht nur vollkommen, und an allen innern Theilen gesund erschienen, sondern auch nicht gar schwer, und in einer ordentlichen Lage, und zur rechten Zeit geboren worden, anbey die Lunge, desselben auf dem Wasser, wie die bey einem Partu vivo, geschwommen. Wenn wir aber anbey erwegen, daß Inquisitin wenige Wochen vor der Geburt einen schweren Fall gethan, worauf viele Rückenschmerzen gefolget, und Motus fœtus sich verlohren; imgleichen auch alsobald nach dem Fall ein kaltes Fieber sich eingestellet, welches kaum vorüber gewesen, als Inquisitin sich auf den Weg gemachet, Holz zu holen, solche auf dem Wege unter Schnee und Kälte niedergekommen, das entbundene Kind keinen Laut von sich gegeben, und auch keine Bewegung gehabt hat; überdem auch die Kälte an das Kind in der Geburt auf eine empfindliche Weise hat dringen müssen, solches auch endlich mit dem Kopfe auf den kalten Schnee gefallen: so sehen wir uns genöthiget, zu glauben, daß der Fœtus entweder schon in der Geburt, oder gleich nach derselben habe sterben können: wenigstens können wir nicht mit Gewisheit behaupten, daß das von der Inquisitin geborne Kind lebendig zur Welt gekommen sey. Der Lungenprobe können wir in dem gegenwärtigen Fall, da das Kind vier Wochen im Wasser gelegen, ehe es gefunden worden, und geöfnet werden können, um so weniger trauen, da theils eine grosse Vermuthung ist, daß die Lungen von einer angehenden Fäulniß etwas gelitten haben mögen, theils auch einige Umstände in dem Viso reperto mangeln, welche uns eine weitere Einsicht in die Beschaffenheit des Fœtus geben könnten, massen die Secantes unterlassen haben, die Lunge zerstücket in das Wasser zu legen, auch nicht bemerket haben, ob dieselbe inwendig vom Blute leer, oder damit angefüllet gewesen; wie nicht weniger auch, was solche äusserlich für eine Farbe gehabt haben.

Was die uns vorgelegte zwote Frage betrifft:

Ob das Kind sich wohl verbluten können, wenn es vor oder in der Geburt gestorben?

so

so scheinet zwar, daß eine Verblutung nach der Geburt per Funiculum umbilicalem non deligatum habe geschehen können, besonders da die Vasa cordis majora arteriosa & venosa vom Blute leer gewesen. Da aber Inquisitin das Kind alsobald nach abgerissener Nabelschnur in das kalte Wasser geworfen, so sehen wir nicht ein, wie solches sich nach der Geburt habe verbluten können; da ohnehin noch eine strenge Kälte hinzukömmt, welche das Blut in einem so zarten Körper zum Erstarren bringen kann. Um so weniger aber können wir eine vorgegangene Verblutung behaupten, da wir uns aus dem Viso reperto nicht haben informiren können, weder ob die grossen Vasa abdominis venosa, und arteriosa und die Vena portæ auch vom Blut leer gewesen, noch auch: ob der an dem Kinde hangende Funiculus umbilicalis lang oder kurz gewesen, da im erstern Fall eine Verblutung durch denselben nicht zu geschehen pfleget, im andern Fall aber gar wohl geschehen kann. Wir haben daher mehrere Wahrscheinlichkeit zu glauben, daß das Blut während einem Monat, da das Kind in dem Wasser gelegen, sich theils verzehret, theils auch durch die offene Nabelschnur ausgesiepert sey.

Daß aber endlich das Kind sich nicht verbluten können, wenn es vor oder in der Geburt gestorben, glauben wir ohne grosse Schwierigkeit daraus erweisen zu können, weil eine Verblutung durch keinen andern Theil, als durch die zerissene Nabelschnur geschehen kann, solche aber erst nach der Geburt von der Mutter selbst abgerissen ist.

Daß dieses Urthel in den Principiis Medicinæ gegründet sey, bekräftigen wir mit unserm Facultät-Insiegel. Göttingen den 28sten Januar 1763.

(L.S.)

Decanus, Senior und übrige Assessores der Medicinischen Facultät auf der Königl. Großbrit. und Churfürstl. Braunschweig. Lüneb. Georg Augusts Universität zu Göttingen

D. Rud. Aug. Vogel.

Da nun also eine Medicinische Facultät versicherte, daß das Blut sich im Wasser verzehren könne, mithin der stärkste Beweis, daß das Kind zu der Zeit gelebet, als es ins Wasser geworfen worden, wegfiele, in zweifelhaften Fällen aber ein Richter billig von der Herren Medicorum Beurtheilung nicht abweichet, und man lieber viele Schuldige lossprechen, als einen Unschuldigen verdammen muß, so wurde die Inquisitin auf Lebenszeit in das Zuchthauß gesandt.

(a) KRESS *ad C. C.* BOEHMER Tom. III. Part. III. Resp. 686. n. 9. 10. WERNHER *de cerebrina certitudine corporis delicti* §. 37. LEYSER Spec. 611. Med. 14. 15. 16. 17. 21. 22. J. S. BOEHMER *ad Carpzov* Qu. 16. Obs. 2.

XXXVI. Bedenken.

Die Lehnsfrüchte kann der ordentliche Richter einem Gläubiger des Vasallen zuerkennen, und ihn um solche zu erheben, in den Besitz des Lehns setzen.

Weil in Ober-Teutschland die von Adel grösstentheils dem Reich unmittelbar unterworfen, aber der Reichsstände Lehnleute sind, so entstehen zwischen jenen und den Lehns-Curien vielfältig über die Grenzen der lehnsherrlichen Gerichtbarkeit Irrungen. Diese suchen zu behaupten, daß alle die Lehngüter betreffende Causæ reales, auch die zwischen den Vasallen und ihren Unterthanen entstandene Zwistigkeiten vor sie gehören. Insonderheit will man die Immission der Gläubiger in Lehne Schulden wegen, um selbige mittelst der Lehnsfrüchte daraus zu erheben, von dem ordentlichen Richter nicht geschehen lassen, und zwar deswegen, weil nur die abgesonderte, nicht aber die unabgesonderte, und also das Corpus feudi afficirende künftige Früchte von den Vasallen beschweret werden könnten. Die Ursachen, welche Fürsten und Herren bewegen, in teritoriis non clausis die Gewalt der Lehngerichte zu erweitern, sind in territoriis clausis nicht vorhanden, massen demjenigen, welcher zugleich Landes- und Lehnsherr ist, es gleichgültig seyn kann, welche Grenzen seinen Lehn- und andern Gerichten gesetzet werden. In den Chur-Braunschweigischen Landen mag ausser Zweifel der ordentliche Richter die Gläubiger der Vasallen solchergestalt in das Lehn immittiren, daß sie dessen Früchte geniessen, bis die Schuld getilget ist, so lange nemlich des Schuldners und seiner männlichen Nachkommen Recht dauret. Denn vermöge der Declaration Herzog Henrich Julii von 1602. in den Landes-Ordnungen *Cap. V.* sollen „nicht nur Canzler und Räthe, sondern auch das Hofgericht, wenn der Lehnmann mit bekanntlichen Schulden verhaftet ist, und dazu seinem Gläubiger nicht etwa aus der Baarschaft, oder in andere Wege verholfen werden kann, die Immission dem Gläubiger in die Abnützung des Schuldners Lehngüter erkennen.„ Daß aber zu selbiger Zeit die Lehnsachen nur vor die Canzley gehöret haben, mithin dem Hofgericht keine jurisdictio feudalis zugestanden, bemerket PUFENDORF *in Proc. Civ.* Part. I. c. 3. §. 22. c. 11.

§. 13.

§. 13. Zwar will besagte Declaration, daß das Hofgericht ohne Requisitoriales der Canzley keine Immission verfügen soll. Es sind aber solche längst in Abgang kommen, wie PUFENDORF *d. l.* Part. V. c. 3. §. 3. §. 8. der Wahrheit gemäß bezeuget, und wenn sie auch annoch erfordert würden, so bliebe dennoch des ordentlichen Richters Gerichtbarkeit in dergleichen Schuldsachen gegründet.

Diese Principia befolgen gleichfalls beyde höchste Reichsgerichte, und ist durch Kayserliche Patentes, auch des Reichs-Hofraths Declaration von 1717. (a), allen Extraneis, mithin denen Gläubigern der Vasallen der Recursus an die Lehnhöfe verboten, und 1740. in Sachen von Reblingen wider von Rehlingen, die Oesterreichische Hof-Canzley bedeutet, daß dem Judici ordinario die Execution in fructus feudi zukomme, weil sie als res allodiales angesehen werden, und die Execution absque ulla imminutione feudi geschiehet (b). Eben also siehet das Kayserliche Cammergericht die Sache an, massen selbiges in dem die Grafschaft Rutschefort betreffenden Proceß behauptet hat, daß nicht eine jede Sache, welche ein Lehn concerniret, Causa feudalis sey, und zur Cognition der Lehns-Curie gehöre (c). Auch meldet der Cammergerichts-Assessor B. von CRAMER Tom. I. Obs. 47. §. 4. daß wenn die Frage de deterioratione feudi ist, der Lehnsherr sich keine Cognition anmassen, sondern nur interveniendo sein Interresse besorgen könne, und daß des Königs von Preussen Maj. als Lehnsherr der Herrlichkeit Hörstgen den Freyherrn von Mylendonk dessen bedeutet haben.

Es ist dieses alles in den Rechten vollkommen gegründet. Denn die Fructus pendentes gehören nicht dem Lehnsherrn, sondern dem Lehnmann, als Domino utili, welcher daher vor der Einsammlung davon disponiren kann. Was derselbe aber nach Willkühr zu veräussern befugt ist, muß er auf des ordentlichen Richters Geheis zur Vergnügung seiner Gläubiger hingeben. In einem zwischen Chur-Maynz, Chur-Trier, Chur-Pfalz, den Landgrafen von Hessen und Bischof zu Würzburg 1532. errichteten Bündnis heisset es: „Und was Lehn antrift, wo dann beyde Theile oder der Besitzer der Lehnschaft von einem Herrn herrührende bekenntlich wäre, so soll dasselbe vor den Lehnsherrn, oder den Lehnmannen, wie sich gebühret, berechtiget werden; wo aber die Partheyen der Lehnschaft dermaß nicht bekenntlich, oder daß der Besitzer und Inhaber vermeynen, daß das spännig Gut eigen und nit Lehn wäre, oder daß um die Gewähr, Gebrauch, inhabende Posseß, Dienstbarkeit, oder sonst dergleichen Sachen den Lehnsstücken anhängig, Irrung entstünde, so soll die Rechtfertigung jederzeit vor dem ordentlichen Richter, oder, wo der nit vorhanden, vor gemeinen Zusätzen, und Obman, wie ob stehet, geschehen (d)„. Da denn von diesen

sen Fürsten erkandt worden, daß die Streitigkeiten, welche wegen des Gebrauchs eines Lehns, mithin dessen Nützung halber entstehen, nicht vor den Lehnhöfen, sondern vor den ordentlichen Richter gerechtfertiget werden müssen.

(a) MOSERS Reichs-*Fama* Part. III.

(b) MOSERS alte und neue Reichs-Hofraths-*Concluſa* Part. I.

(c) FABRI Staats-Canzley Part. 70.

(d) Herr von HONTHEIM *Hiſtor. Trevir.* Tom. II.

XXXVII. Bedenken.

Ob ein Denunciant zum Zeugnis zu lassen.

Einige Rechtslehrer halten dafür, daß so wenig der Denunciant, als der Ankläger wider den Beklagten zum Zeugnis zu lassen sey (a), wenn nicht andere hinlängliche Anzeigen diesen so verdächtig machen, daß man zur Inquisition schreiten muß (b). Was kann jemand bewegen, die Mühe und Kosten zu übernehmen, auch sich der Gefahr auszusetzen, welche eine Anklage mit sich führet, als Rachgier und Habsucht? Ein Beleidigter verlanget Genugthuung, und der Bestohlne suchet wieder zu dem Seinigen zu kommen. Bey den Römern war es ein Mittel, sein Glück zu machen, wenn man jemand anklagte, den der Kayser hassete (c). Solche Leute verdienten also keinen mehreren Glauben, als ein anderer Kläger, dem der Beweis seines Vorgebens oblieget. In gleichen Umständen befindliche Denuncianten sind eben wenig bey uns unverwerfliche Zeugen; daher, als bey einer Geldwechseley jemanden durch Taschenspielerkünste von einem Juden viele Ducaten entwendet seyn sollten, und selbiger eydlich erhärtete, daß der zur Haft gezogene eben der Jude sey, mit welchem er das Geld verwechselt habe, dieser aber läugnete, an dem Ort jemals gewezu seyn, und solches nicht dargethan wurde, man wegen des verdächtigen Zeugnisses des Denuncianten wider den Inquisiten nichts ferner vernehmen konnte.

Eine andere Bewandniß hat es aber, wenn der Angeber keinen Vortheil davon zu erwarten hat, daß der Angegebene bestrafet werde. Wie kann diesen seine Denunciation im mindesten verdächtig machen, da die Pflicht eines jeden Unterthanen erfordert, alles mögliche beyzutragen, daß die Menschen von Uebelthaten abgeschrecket werden? Solches aber geschiehet nicht, wenn man sie verheelet (d). Von einem Ankläger ist daher auf einen Denuncianten kein

Schluß

Schluß zu machen (e), mithin verdienet sein beschwornes Zeugniß Glauben (f), und veranlasset wenigstens, daß man vom Inquisiten den Reinigungseid fordert, welches auch alsdenn billig geschiehet, wenn der beleidigte Theil die Denunciation gethan, dafern der Denunciat verdächtig ist (g).

(a) BOEHMER *J. E. P.* Lib. 2. Tit. 20. §. 18.

(b) LYNCKER Vol. I. Resp. 94. n. 81. BOEHMER d. l. Lib. 5. Tit. 2. §. 7. WILLENBERG *de Denunciatione criminum* c. 2. §. 32.

(c) LEYSER Spec. 560. Med. 7.

(d) JCti TUBINGENSES Tom. I. Consil. 23. n. 21. JCti GRYPHISWALDENSES Resp. 117. n. 23. 24.

(e) LYNCKER d. l. Resp. 175. n. 24.

(f) CRUSIUS *de Indiciis delictorum* Part. IV. c. 7. n. 23. BRUNNEMANN *in Proc. Inquisit.* c. 8. Membr. 2. n. 23. HARPPRECHT Vol. Nov. Consil. 76. n. 76. LYNCKER d. l. n. 28. KRESS ad C. C. KOCH *Inst. Jur. Crim.* §. 832.

(g) WERNHER Part. V. Obs. 56. Part. IX. Obs. 221.

XXXVIII. Bedenken.

Ein Fideicommiß wird dadurch nicht aufgehoben, daß die Miterben bey der Erbtheilung sich des Anspruchs an ein damit belegtes Prælegatum begeben.

Das Erkänntnis in Sachen Mölling wider Hagen, wovon des ersten Theils LXXXI. Bedenken handelt, wurde von dem sachfälligen Theil mittelst der Supplication angefochten, diese aber am 2ten Januar 1762. folgendergestalt verworfen: „Weil die deutliche Worte des Testaments den Willen des Testatoris ausser Zweifel setzen, und daraus, daß dem Amtmann Mölling ein mehreres eingeräumet worden, als ihm vermöge besagten Testaments zustünde, auch dem Johann Georg Günther verstattet ist, wegen der 4500. Thlr. qu. auf seinen Namen eine Obligation ausfertigen zu lassen, mithin daß die übrige Erben declariret haben, wie sie zur Zeit der Theilung an solches Capital keinen Anspruch machten, weder eine Aufhebung des Fideicommissi gefolgert werden kann, noch solche zum Nachtheil der Möllingischen Kinder geschehen mögen, so

kann der eingewandten Supplication wegen Unerheblichkeit der Gravaminum keine Statt gegeben werden.„ Es gründet sich dieser Spruch auf die bekannte Rechts-Regel, daß ein Verzicht, mithin eine Aufhebung des Fideicommiß, nimmer zu vermuthen, wenn die Worte eine andere Deutung zulassen (a). Daß aber die Miterben äusserten, keinen Anspruch an die 4500 Thlr. zu haben, mithin zu gestatten, daß die Obligation auf den Legatarium gestellet werde, gabe nur zu erkennen, daß sie ihm solche nicht streitig machten, keinesweges aber, daß man selbige auch seinen Testaments-Erben gönnen wollte (b). Wenn zum Besten eines Interessenten in einem Punct vom Testament abgegangen worden, so ist solches nicht gänzlich, und besonders das darin enthaltene Fideicommiß aufgehoben, welches auch zum Nachtheil der unmündigen Möllingischen Kinder keinesweges geschehen können. Der beklagte Theil liesse es aber dabey nicht, sondern begehrte die Verschickung der Acten. Diese wurde ihm verwilliget, und von der Greifswaldischen Juristen-Facultät am 22sten Jul. 1762. erkandt: „Daß es der eingewandten Supplication und angebrachten Causalium ohngeachtet, bey der Sentenz vom 31sten Jul. 1759. und dem darauf erfolgten Bescheide vom 22sten Januar. 1762. schlechterdings zu lassen und zu bestätigen sey, wie wir denn selbige hiemit in allen Stücken bestätigen, und das Supplicantische Theil in die Kosten dieser Instanz vertheilen.„ Die Rationes decidendi lauten also: „Nun ist es zwar andem, daß ein Fideicommissum conditionale vom Fideicommissario könne alieniret, und das Dominium in accipientem valide transferiret werden, und daß überhaupt ein Fideicommissum familiæ durch gesamter Erben Beliebung könne geändert und aufgehoben werden, so gar daß die von den transigirenden Eltern geschehene Veräusserung solcher Fideicommiß-Güter von den Kindern nicht könne impugniret, noch die alienirte Güter revociret werden, wie in

L. 120. §. 1. ff. de Legatis.

L. 11. Cod. de Transactionibus.

L. 11. Cod. de Fideicommissis.

klärlich disponiret worden

Conf. Struv S. J. C. Ex. 6. th. 57. ibique Mullerus in Notis.

Stryck de Cautelis testamentorum C. 21. Membr. 2. §. 12.

Wernher Part. Part. VI. Obs. 384.

Da aber allhier ohnſtreitig ein Fideicommiſſum particulare vorhanden, und denen Rechten nach ſolche Sachen, welche mediante fideicommiſſo der Reſtitution unterworfen, vom Herede nicht veräuſſert werden mögen

L. 3. §. 3. ad SCtum Trebell.

L. ult. §. 2. Cod. Communia de legatis.

Carpzov Part III. Conſt. 8. Def. 30.

Struv. c. l. Ex. 36. §. 40.

und was dagegen von der Alienation eines Fideicommiſſi conditionalis angebracht worden, nur pedente iſta conditione, ſo lange dem Fideicommiſſario keine Actio competiret, zu verſtehen iſt. Conditione vero exiſtente, dominium ipſo jure transfertur in fideicommiſſarium, cui tum competit contra poſſidentem reivindicatio, non obſtante præſcriptione

L. 70. §. 1. de Legatis 2.

L. ult. §. 3. Communia de legatis

Gail. Lib. 2. Obſ. 137. n. 6.

Carpzov Part. III. Conſt. 8. Def. 30. n. 3.

Hermann Becker de Valore fideicommiſſorum tam ultima voluntate quam per conventionem conſtitutorum §. 27. n. 1.

ſo iſt allhier überall kein Pactum der Erben wegen Aufhebung des Fideicommiſſi vorhanden. Denn eines Theils iſt aus den Rechten bekannt, daß eine Remiſſio oder renuntiatio juris, quæ facti eſt, als eine Species donationis valde odioſa ſey, und nicht præſumiret werde.

L. 8. de Uſuris.

L. 22. de Probationibus.

L. 26. Cod. ad SCtum Vellej.

C. 5. X. de Renunciationibus.

Menoch. Lib. 3. præſumt. 42. n. 11.

nec intelligatur alia, quam quæ ex manifeſtis verbis apparet

L. 35. §. & generaliter Cod. de inofficioſo teſtamento.

Mevius Part. I, Dec. 99. n. 4.

Nun aber sind in dem Pacto familiæ vom 7ten Oct. 1739. gar keine Ausdrücke, welche eine Renuntiationem dieses Fideicommissi anzeigen sollten, vorfindlich. Denn wenn gleich die Erben darin consentiret, daß die Obligation, welche der Vater dem Sohn zu Erhebung des Prælegati angewiesen, und woran sie pedente conditione gar kein Recht gehabt, umgeschrieben, und auf des Sohnes, nemlich auf des Johann Georg Namen geschrieben werden sollen, so folget daraus noch nicht, daß sie auf den Fall der existirenden Condition, wenn ihr Recht an dieses Fideicommiß zur Activität komme, sich dieses Fideicommissi gänzlich begeben wollen; zumalen wenn auch sämtliche Interessenten den Miterben dem Johann Georg Günther diese bey der Landschaft befindliche Obligationes gänzlich cediret und abgetreten, auch sich alles Antheils daran begeben hätten, so würden sie dennoch Casu existente auf seine übrige Güter eine gegründete Prätension wegen des Anfalls der prälegirten 4500. Thlr. behalten haben; zumalen allhier ein Genus oder Quantitas in obligatione gewesen, wenn solches auch untergegangen wäre, dennoch die übrige Interessenten ihr Recht auf das übrige Vermögen des Heredis fiduciarii würden behalten haben, zumal in dem väterlichen Testament ausdrücklich gesetzet worden, daß Casu existente die dem Sohn prälegirte 4500. Thlr. seinen Geschwistern und deren Kindern aus des Sohnes Nachlaß restituiret werden sollen, folglich haben die Miterben des Sohns Johann Georg Günthers allemal existente casu, wenn er ohne Erben abgehen sollte, eine Ansprache an dessen hinterlassenes Vermögen erhalten, da sie derselben nicht expresse und deutlich entsaget gehabt, und wenn auch solches gleich geschehen wäre, würde dennoch diese Entsagung in Ansehung des Amtmanns Mölling Kinder unkräftig gewesen seyn, weil er als blosser Administrator und Usufructuarius legitimus der mütterlichen Güter seiner Kinder ihnen nichts vergeben können.

L. 1. & Auth. nisi Cod. de Bonis maternis.

L. 1. in fin. Cod. de Annali præscriptione.

Wernher Part. III. Obs. 35. n. 1. 2.

Mevius Part. IV. Dec. 320.

Wir haben demnach die vorige Urthel schlechterdings bestätiget, und auch den Implorantischen Theil, da er in hac instantia succumbiret, in die Erstattung der Unkosten dieser letzten Instanz vertheilet.„

(a) HARPPRECHT *de Successionibus* Part. II. Tr. 9. n. 349. HERTIUS Vol. I. Resp. 490. n. 5.

(b) FUSARIUS *do Snbstitutionibus* Qu. 593. n. 6

XXXIX. Bedenken.

Ob ein Dienstbote wegen empfangener Schläge wider seinen Brodherrn eine Injurien-Klage anstellen kann?

Ein Dienstbote forderte von seinem Herrn den Lohn, ehe er fällig war. Als dieser sich weigerte, solchen zu bezahlen, und vielmehr dem Knecht seinen bisherigen Ungehorsam und übeles Betragen vorhielte, entstund ein Wortwechsel, und am Ende bekam dieser von jenem Ohrfeigen und Stockschläge. Der Herr schützte vor, daß ihm solche abgenöthiget wären, weil der Knecht sich geweigert, auf seinen Befehl aus der Stube zu gehen; ja daß selbiger thätlich sich widersetzet habe, als er ihn dazu zwingen wollen. Weil diesem noch mehr Vergehungen, sogar Untreue, und verläumderische Reden von seinem Herrn beygemessen wurden, so liesse ihn derselbe, welcher des Orts die Gerichtbarkeit hatte, zur Haft ziehen, und er wurde nach untersuchter Sache an den zur Bestrafung des ungehorsamen Gesindes errichteten Pfahl geschlossen. Dieserwegen erhobe der Knecht wider seinen Herrn eine Injurien-Klage, und forderte 200 Thlr. zur Satisfaction.

Es schiene ihm zu statten zu kommen, daß unser Gesinde freye Leute sind, welche ihre Dienste denen Herren vermiethen (a). Wer aber jemand gewisse Dienstleistungen verspricht, der unterwirft sich dessen Gerichtbarkeit keinesweges, daher es das Ansehen gewinnet, als müsse der Herr sein eigener Richter nicht seyn, und Schläge austheilen, sondern den Knecht gehörigen Orts verklagen, wenn er seine Schuldigkeit nicht gebührend beobachtet. Es schreibet STRYCK *U. M. ff. Tit. de Statu hominum* §. 12.: In servis conductis castigatio per verbera locum non invenit. Imo nec verbis famam proscindentibus contra eos pro lubitu utendum. Nam & hic certo casu actioni injuriarum locus esse potest, præsertim si delictum illis imputatur. Daß der Herr zu seiner Vertheidigung den ihn angreifenden Knecht geschlagen, war nicht erweislich, weil niemand bey dem Handel gegenwärtig gewesen.

Allein da die Verrichtungen, welche einem Dienstboten obliegen, so mancherley sind, daß man sie unmöglich zuvor genau verabreden kann, so kömt nach der Natur der Sache, und den Gebrauch fast aller Völker, deren Bestimmung dem Herrn zu, und bey manchen rohen Leuten wäre der Endzweck des Mieth-Contracts unmöglich zu erreichen, wenn alle Uebertretungen der Befehle des Herren nur die Richter ahnden dürften (b). Man erlaubet also jenen eine mäs-

sige Züchtigung (c). Selbst STAMMIUS, mit dessen Lehre Stryk die seinige bestärken will, hält vielmehr *de Servitutibus personalibus Lib. II. c. 4. n. 14. 15.* dafür, dominum privatum suos familiares de excessibus in officio admissis corrigere posse, non autem quoad excessus, quorum ultio ad merum imperium, cujus privati capaces non sunt, pertinet. Mit den Soldaten und Schülern hat es eine gleiche Bewandnis, welche von ihren Vorgesetzten ohne vorgängige richterliche Untersuchung gezüchtiget werden dürfen. Sind aber diesem Recht keine Schranken gesetzt? Allerdings, und wenn der Herr den Knecht ohne Ursach mishandelt, so gebühret selbigem eine Genugthuung. Im Zweifel ist aber kein Animus injuriandi zu vermuthen (d), sondern er muß von demjenigen erwiesen werden, der sich darin gründet, mithin war dafür zu halten, daß der Knecht durch seine unbillige mit Grobheit vorgetragene Anmuthungen sich die Schläge zugezogen, weil er das Gegentheil nicht dargethan, und wurde von Königl. Hannöverscher Justitz-Canzley in Sachen B. wider C. 1762. also erkandt.

(a) ENGELBRECHT *Collatio Juris communis & Brunsuico-Luneburgici* c. 2. §. 6. HOMBORG Conf. 41. n. 37. ENGAU *Elem. Jur. Germ.* Lib. I. §. 52. Herr RICCIUS *ad Engau.* Herr Hofrath PÜTTER *Elem. Jur. Germ.* §. 440.

(b) KEMMERICH *in Access. ad Instit.* Lib. I. Sect. 2. Tit. 4. §. 19. Tit. 5. §. 6. 47. 48. 54. Traugott THOMASIUS *An Servi & ancillæ actionem injuriarum habeant.*

(c) MEVIUS *ad Jus Lub.* Part. III. Tit. 8. art. 10. n. 13. 15. LEYSER Spec. 546. Med. 13. 14. GLAFEY im Vernunft- und Völker-Recht. THOMASIUS d. l.

(d) MEVIUS d. l. n. 19. KEMMERICH d. l. §. 55.

XL. Bedenken.

Wiefern Unterobrigkeiten neue Verordnungen in Policey-Sachen machen können.

Ein Amt-Hoyaischer Unterthan wollte den Verkauf eines Pferdes nicht erfüllen, weil die Beamte verboten hatten, die Höfe von den nöthigen Wagen-Pferden wider die Ordnung zu entblössen. Diese erkandten auch am 21sten April 1761: „Da bey gegenwärtigen Kriegeszeiten die Unterthanen ausserdem schwach

schwach bespannet, man auch zum öftern nicht vermögend ist, die ausgeschriebene Kriegerfuhren herbeyzuschoffen, und deshalber sich genöthiget gesehen, zum Besten der übrigen Unterthanen, dergleichen Handel zu untersagen, so ist Kläger aus diesem Grunde mit seiner Klage abgewiesen worden.„ Solches Verbots Gültigkeit wurde angefochten, und nicht ohne Ursach. Denn obwohl vielfältig in Teutschland Gerichtsobrigkeiten Verordnungen in Policey-Sachen machen (a), mithin es das Ansehen gewinnet, als hätten die Hoyaische Beamte den Unterthanen wohl verbieten können, ihre Pferde zu verkaufen, da man derselben sehr benöthiget war, so ist jedoch diese Befugnis auf solche Fälle einzuschränken, welche keinen Aufschub leiden, wenn man nemlich beym Gesetzgeber nicht anfragen kann, und dessen Genehmigung auszubringen sich vorbehält (b). Es verdienet allen Beyfall, wenn HEUMANN *in Initiis juris Politiæ Germanorum c.* 6. §. 39. hievon also schreibet: Quamquam municipia politiam, Principe non requisito, legibus temperare posse dicuntur, id tamen vel perperam traditur, vel jus statuendi antiquo privilegio aut usu diuturno, atque adeo superioribus conniventibus acquisitum fuit. Ist dieses Recht von den Unterobrigkeiten an manchen Orten, bevorab in Sachsen, hergebracht, so hat man doch unsern Beamten nimmer verstattet, an der gesetzgebenden Gewalt einen solchen Theil zu nehmen. Dem gemeinen Wesen war auch wenig daran gelegen, ob sich ein Pferd mehr im Amt Hoya oder im Amt Bruchhausen fande, allwo der Käufer wohnete. Deswegen wurde von Königl. Hannöverscher Justitz-Canzley in Sachen Niemann wider Masemann am 4ten Dec. 1762. der Amtsbescheid aufgehoben, und Beklagter schuldig erkandt, das verkaufte Pferd dem Kläger ohngesäumt auszuliefern, auch sich auf dessen Schaden- und Kosten-Rechnung vernehmen lassen; welchen Spruch die Tübingische Juristen-Facultät 1763. bestätiget hat.

(a) Canzler von OPPEL *de Jurisdictione patrimoniali* §. 26. n. 7.

(b) Herr von JUSTI Grundsätze der Policey-Wissenschaft.

XLI. Bedenken.

Ob Geldstrafen dem Landesherrlichen Fisco vorbehalten werden mögen?

Dem Teutschen Herkommen nach gebühren die Geldstrafen gemeiniglich der ordentlichen Obrigkeit des Orts, als Fructus Jurisdictionis (a), auch sodann, wenn den Landesherrlichen Verordnungen zuwider gehandelt worden (b), mithin

mithin gewinnet es das Anſehen, daß ihr auch confiſcirte Sachen zu gute kommen müſſen, wie denn ſolche die Reichsgeſetze denjenigen zubilligen, welche mit dem bürgerlichen Gerichtszwang verſehen ſind (c).

Allein es haben niemals in Teutſchland die Richter alle Geldſtrafen empfangen. Einige waren den Königen vorbehalten (d). Dieſe haben auch vielfältig in den Herzogthümern, mithin zum Nachtheil der ordentlichen Obrigkeiten ſich und andern Geldſtrafen ganz oder zum Theil zugebilliget, und man lieſet beym SCHATEN *Annal. Paderborn. P. I.* in einem Briefe Kayſer Henrich II. von 1014.: Si quis autem noſtræ confirmationis edictum alterius aliqua præſumtione infringere temptaverit, centum librarum auri ad noſtrum pondus compoſitione multetur, *ut dimidium Cameræ noſtræ perſolvat*, reliquum vero eidem eccleſiæ, quam temerarie inquietare præſumſit. Eben dergleichen Verfügungen finden ſich daſelbſt, auch beym HUND *Metrop. Salisburg. Tom. I.*, beym SCHANNAT *Hiſtor. Wormat. Cod. probat.*, und faſt in allen Sammlungen der Kayſerlichen denen Reichsſtänden ertheilten Conceſſionen. Dieſes iſt nun auch in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen geſchehen, und zwar in der Münz-Verordnung vom 29. Mart. 1737. §. 3. alſo: „Derjenige, welcher entweder ſelbſt oder durch einen andern, er ſey wer er wolle, verrufenes Geld in unſern Teutſchen Landen ausgiebet und einnimt, oder zum Ausgeben und Bezahlen nur anbietet, ſoll von jedem Thaler und darunter, 4 Thlr. unabbittliche Strafe erlegen, wovon die Halbſcheid demjenigen, der die Anzeige davon thut, nebſt Verſchweigung ſeines Nahmens, zu reichen iſt, die andere Halbſcheid aber zu milden Sachen vorbehalten bleibet;„ auch ferner daſelbſt §. 9. num. 6: „Als auch bisher das gute grobe Geld gegen Louisd'Or oder Piſtolen und Ducaten, auch andere Gold-Münzen ungeſcheuet verwechſelt, und das gute Silbergeld auſſer Landes, und hingegen gedachte Gold-Münzen hereingebracht worden, wodurch das Silbergeld mit der Zeit faſt gänzlich in andere Länder gebracht werden dürfte, ſo ſoll zwar dieſe Auswechſelung im Lande ſolchergeſtalt, wenn das gegen Piſtolen und Ducaten auch andern Geld-Münzen eingewechſelte gute Geld im Lande bleibet, vorerſt noch geduldet, keinesweges aber dergleichen Verwechſelung, worunter wir auch ſimulirte Contracte, Wechſel und andere verſtellete, nicht aber wahre und aufrichtige Zahlungen auſſer Landes verſtehen, geſtattet werden, wenn das gute Geld auſſer Landes geſchicket wird, und Piſtolen, Ducaten oder andere Gold-Münzen wieder hereingezogen werden, und wer deſſen überführet wird, ſoll mit Confiſcation des verwechſelten Geldes beſtrafet, und die Hälfte demjenigen, der die Anzeige davon thut,

thut, gereichet, die andere Hälfte aber zu andern milden Gaben und Beyhülfe angewendet werden.„ Da denn der ordentlichen Obrigkeit die confiscirte Gelder gänzlich versaget sind, welche in der Verordnung vom 4ten Febr. 1757. also dem Fisco vorbehalten worden: „Derjenige, der nicht approbirte Münz-Sorten andern anzubieten und solchergestalt auszugeben sich gelüsten lassen würde, soll nicht allein des Geldes verlustig, und solches unserm *Fisco* verfallen, sondern auch überher den gedoppelten äusserlichen Werth desselben, wovon dem Denuncianten die Hälfte zufallen, die andere Hälfte aber zu milden Gebrauch verwendet werden solle, zur Strafe erlegen.„ Eben dieses will das Edict vom 28sten Aug. 1758., vermöge dessen diejenige sowohl, welche diese Münzsorten in Ausgabe anbieten, als diejenige, welche solche annehmen, derselben nicht allein verlustig erkläret werden, sondern überdem auch von jeglichem Stücke den doppelten Werth dessen, wozu es ausgepräget ist, in Strafe zu erlegen schuldig seyn sollen, dergestalt, daß wie jene Münz-Sorte in obigem Fall an sich dem *Fisco* verfallen, also die Strafgelder halb dem Denuncianten zuzuerkennen, und halb ad pios usus zu verwenden sind. Daß solches ein Gesetzgeber verordnen könne, und zwar mit Billigkeit, leidet bey mir keinen Zweifel. Man gönnet den Erbrichtern die Geldstrafen, damit sie von selbigen die Kosten nehmen können, welche die Ausübung ihres Amts erfordert. Jene betragen gemeiniglich nicht viel, und es würde dem gemeinen Wesen einen geringen Vortheil bringen, wenn man sie den landesherrlichen Cammern vorbehielte. Anders aber ist es beschaffen mit den Confiscationen verrufener Münzen, welche öfters bevorab bey überhand nehmenden Verbrechen, in grossen Summen bestehen. Gönnet man solche den Unterrichtern, so erhalten sie eine übermässige Vergeltung ihrer Arbeit und Kosten. Hingegen wird die gemeine Wohlfahrt befördert, wenn die confiscirte Gelder in die Rent-Cammer fliessen, weil der landesherrlichen Einkünfte Verbesserung den Unterthanen zum Besten gereichet, als welche das zur Erhaltung des Staats nothwendige im Fall des Mangels herbeyschaffen müssen. Ohne Grund leget man ausser Sachsen den Gerichtsherren ein Jus Fisci bey (e), mithin hänget es in den mehresten Landen von der Landesherrschaft Willkühr ab, wem confiscirte Güter zu Theil werden sollen.

(a) Mevius Part. IV. Dec. 363. Stryk U. M. ff. Tit. *si quis jus dicenti &c.* §. 2. Horn *Jurisprud. feud.* c. 8. §. 40. Weidler *de Eo quod juris est circa mulctas* §. 11. Meiner Neben-Stunden VI. Abhandlung §. 34. 40.

(b) Lyncker Resol. 383. Horn Class. II. Resp. 29.

(c) Reformation guter Policey von 1548. Tit. 14. §. 7. Policey Ordnung von 1577. Tit. 14. §. 7. Herr von PUFENDORF *de Jurisdictione* §. 306.

(d) SCHWEDER de Domanio S. R. G. II. §. 13.

(e) Dieser Rechtlichen Bedenken I. Theils.

XLII. Bedenken.

Ob nach Ablauf eines Zahlungs-Termins der Schuldner die fällige Gelder dem Gläubiger bringen, oder dieser sie abholen lassen muß, bevorab, wenn er an einem andern Ort wohnet?

Es hatte Titius auf ein ihm ohne bedingte Verzinsung geliehenes Capital von 1000 Thlr. jährlich 200 Thlr. zu bezahlen versprochen, und da solches nicht geschehen, forderten des Gläubigers Erben Zinsen wegen des Verzugs. Der Schuldner meynte aber, daß er nicht verbunden gewesen, dem in einem entfernten Lande wohnenden Gläubiger das Geld dahin zu übersenden, sondern daß dieser es müssen abholen lassen, mithin sey ihm keine Mora beyzumessen, da solches unterblieben, und nicht wenige Rechtslehrer pflichten seiner Meynung bey (a). Dem Gläubiger komt auch der L. 21. ff. de Operis libertorum, den man für selbigen anführet (b), wenig zu statten, wenn es darin heisset: Operæ loco edi debent, ubi patronus moratur, sumtu scilicet & vectura patroni. Denn die besondere Rechte der Römischen Freygelassenen finden auf blosse Schuldleute keine Anwendung. Welchen Nutzen konnten dem Herrn jener Dienste schaffen, wenn sie nicht an dem Ort geleistet würden, allwo er wohnete? Hingegen verlieret der Gläubiger wenig, dafern er für die Kosten des Transports stehet, die er sich, in Ermangelung eines die Uebersendung erfordernden Herkommens, vermuthlich bedungen hätte, wenn es von demselben als eine Conditio sine qua non angesehen wäre, daß der Schuldner ihm sein Geld ins Haus bringen solle.

Hat es gleich, wie J. S. STRYK de Loco solutionis c. I. §. 16. einwirfet, seine Richtigkeit, quod is, qui ad factum obligatus, omnia, quæ ad facti implementum pertinent media, eligere debet, so ist doch solches nur von denjenigen Handlungen zu verstehen, ohne welche das Versprechen nicht erfüllet werden kann. Wer aber jemand Geld zu zahlen verspricht, thut dasjenige, was er zu zahlen sich anheischig gemachet, wann er in seinem, und nicht in des Gläubigers

Hause

Hause zahlet. Sonst müste ein Kaufmann, wenn der Käufer an einem andern Ort wohnet, die Transportkosten der verkauften Sachen jedesmal übernehmen, welches jedoch selten geschiehet.

Keinen bessern Grund finden aber auch diejenige in den Römischen Rechten, welche den Schuldner von solcher Pflicht lossprechen. Dieses soll der L. 18. ff. de constituta pecunia also thun: Item illa verba Prætoris: *neque per actorem stetisse* eandem recipiunt dubitationem. Et Pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit, vel postea? Et puto, & hæc ad diem constituti referenda: proinde si valetudine impeditus, aut vi, aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere Pomponius scribit. Allein es erhellet nicht, daß hier von dem Fall die Rede ist, wenn kein Ort der Zahlung bestimmet worden. Ulpianus setzet voraus, es müsse der Gläubiger das Geld abholen, weil es etwan also verabredet ist, oder weil ihm der Schuldner durch die vorher geschehene Oblation in mora constituiret hat, und will nur, daß wenn selbiger durch eine Krankheit oder einen andern Zufall behindert worden, es in Empfang zu nehmen, ihm dennoch solches zum Schaden gereiche. Ob dieses Rechtens sey, war die Frage, und nicht: Ob der Schuldner in seinem oder in des Gläubigers Hause zahlen müsse?

Es kömt auf das Herkommen jeden Orts hauptsächlich an (d). Gemeiniglich ist dem Schuldner mehr daran gelegen, als dem Gläubiger, daß der Contract zum Stande komme. Jener wünschet auch nicht eben, daß dieser sich auf den Tag, wenn die Zinse fällig worden, zur Erhebung anfinde, sondern daß man ihm einige Frist verstatte. Deswegen werden bey uns die mehresten Capitalien und Zinsen nicht von den Gläubigern abgeholet, sondern die Schuldner senden sie ihnen auf ihre Kosten zu. Eine andere Bewandniß hat es aber mit öffentlichen Cassen, die den vollkommensten Credit haben, und bey welchen den Bedienten es, der vielen Gläubiger halber, zu grosser Last gereichen müste, wenn sie einen jeden in seiner Behausung vergnügen sollten, welches daher nicht zu geschehen, sondern erfordert zu werden pfleget, daß man gegen die eingesandte Quittungen die Gelder in Empfang nehmen lasse. Deswegen wurde von der Calenbergischen Landschaft ihren Gläubigern unterm 18. April 1767. angezeiget, daß wenn sie nicht 6 Monath nach der Verfallzeit die Zinse abfordern würden, ihnen die Capitalia, nach vorhergegangener obligationsmässiger Lohse, zurück bezahlet werden sollten. Auch die Königl. Cammer erforderte unterm 9. Maj. 1767. daß die Zinse nicht über ein halbes Jahr unerhoben bleiben sollten. In dem obangeführten Fall war dieser Umstand nicht fürhanden. Man verurtheilte also den

Schuldner, von der Zeit an Zinsen zu entrichten, da er das Capital seinem Versprechen gemäs abführen sollen.

(a) BRUNNEMANN *ad L.* 18. *ff. de Constituta pecunia.* VOET *ad ff. Tit. de Solutionibus* §. 12. GERDES *de Usuris mutui ex mora* §. 5.

(b) HUBER *ad ff. Tit. de Solutionibus* §. 7. LEYSER Spec. 528. Med. 10.

(c) S. dieser Rechtlichen Bedenken II. Theils LXV. Bedenken.

(d) FREYER *de Solutionibus* cap. 6. n. 29. LAUTERBACH *C. T. P. Tit. de Solutionibus* §. 30. VOET d. l.

XLIII. Bedenken.

Vom Verlust der Rechte durch ihren Nichtgebrauch.

§. I.

Es hat Herzog Georg Wilhelm zu Braunschweig und Lüneburg der Stadt Wildeshausen 1680. folgende Resolution ertheilet: „Was die prätendirte Hud und Weide, Heide- und Schollen-Matt, auch Torfgraben betrift, erklären sich Ihro Durchl. gnädigst dahin, daß nachdemmalen jetzt berührter Puncten halber in dem Anno 1654. errichteten Collenradischen Vertrage gewisse Abrede genommen, und gewisse Limiten darin exprimiret worden, solcher Vertrag hinkünftig pro norma gehalten, und von der Stadt Wildeshausen demselben nachgegangen, darüber aber nicht geschritten werden müsse; welchenfalls denn Ihre Durchl. es dabey lassen, und der Stadt dasjenige, was derselben zu gut darin stipuliret worden, geniessen zu lassen gemeinet. Es wird aber die Stadt, wenn selbige zu ihrem Behuf Torf zu graben Vorhabens, sich bey dem Amt Harpstedt jedesmal anzumelden, und des Amts Anweisung, womit ihnen dann ohne allen Verzug und Entgeld an Hand gegangen werden soll, darunter zu erwarten, auf andere Art und Weise ohne Vorwissen des Amts aber sich dessen nicht zu gebrauchen, noch eigenen Gefallens darunter zu verfahren haben.„ Der Collenradische Vergleich, worauf sich diese Resolution beziehet, ist zu Beylegung der zwischen der Stadt Wildeshausen an einem und dem Amt Harpstedt, wie auch der Vogtey Hatten andern Theils in puncto juris compescui, Torfgrabens, Plaggenmeyens und Schollenhauens entstandener Streitigkeiten von Königl. Schwedischen und Gräflich. Oldenburgischen Räthen, jedoch nur auf Lebzeiten Graf Anthon Günthers von Oldenburg, vermittelt. Es heisset darin Num. 14.: „So gebrau-

chet

chet die Stadt Wildeshausen für ihre Pferde, Vieh und Schafe, mit Erdschollenmeyen, Heide- und Plaggenhauen, hüten und weiden, jedoch mit und neben den Oldenburgischen und Delmenhorstischen resp. darin und herum wohnenden Unterthanen folgende Heid- und Feldmark, als aus der Stadt unten durch die Peper oder Flachs-Beke nach dem Bremer Fußwege, denselben Fußweg hinauf bis ans Simmeringhäuser Feld, von dannen mitten durch die beyden Plätze, davon der eine das Wildeshäuser Schollenmatt, der andere das Stasbroker Mohr genannt, dann ferner auf den Voß-Berg, von dannen nach der Harpstedter Speken u. s. f.,, Besagte Stadt gerieth durch den Nimwegischen Frieden pfandsweise unter des Bischofs zu Münster Botmäßigkeit (a), und veranlassete daher 1683. eine Grenz-Commission zwischen Hannöverschen und Münsterschen Deputirten. Bey selbiger wollte man Münsterscher Seits die Verbindlichkeit des Collenradischen Vergleichs nicht erkennen, weswegen der Hannöversche Deputirte äusserte, daß wenn davon abgetreten werden sollte, das Amt Harpstedt der Stadt diesseits des Bremer Fußpfades nichts einräumen würde. Die Städtische Deputirte, welche der Conferenz beywohnten, declarirten nicht nur keinesweges bey dem Vergleich beharren zu wollen, sondern vielmehr daß auf solche Weise die Sache zu weitläuftig werden wollte, also sie sich darauf nicht einlassen könnten. Im Jahr 1756. klagte die Stadt bey der Königl. Hannöverschen Justitz Canzley darüber, daß ihr der Resolution von 1680. zuwider, das Amt Harpstedt Torf anzuweisen verweigere, obwohl von derselben beständig bis auf diese Stunde der Heide- und Schollenmatt exerciret sey. Der Amts-Anwald setzte ihr Exceptionem non competentis actionis entgegen, weil die Resolution von 1680. sich auf den Collenradischen Vergleich beziehet, dieser aber den Wildeshäusern zwar Heide und Schollen zu mähen, nicht aber Torf zu graben erlaubet. Allenfalls sey die letztere Befugniß verlohren gangen, weil sie seit 30. 40. und mehr Jahren nicht geübet worden. Worauf die Stadt erwiederte, es enthielte die Resolution von 1680. etwas mehrers als der Collenradische Vergleich, und hätte man bisher deswegen an den Orten qu. keinen Torf gegraben, weil er näher zu haben gewesen, wiewohl nach eines Zeugen Aussage solches Graben 1709. und in mehreren Jahren geschehen. Der jährliche Schollenmatt sey dem Amt nicht verborgen geblieben, und ein usus partialis conservire das Jus in toto.

(a) Vogt *in monumentis Bremensibus* Tom. I.

§. II.

Nun ist zwar 1) allerdings in der Resolution von 1680. das Torfgraben ausdrücklich erlaubet. Im Eingange des Collenradischen Vergleichs geschiehet dessen als einer streitigen Sache Meldung, daher ungläublich, daß man diesen Punct unentschieden gelassen, obwohl in verbis dispositivis davon nichts ausdrücklich gesaget worden, sondern ist vielmehr zu vermuthen, daß binnen den bestimmten Grenzen, der Stadt alle bis dahin streitig gewesene Rechte eingeräumet worden. Diese Deutung billiget die Resolution von 1680., welche daher nicht für offenbar irrig ausgegeben werden kann.

Es schadet auch 2) der unterlassene Gebrauch niemand, wenn er aus keiner Nachlässigkeit herrühret. HENNIGES in Medit. ad Inst. Pac. Westph. Spec. 4. schreibet hievon: Si jus meum ita comparatum est, ut ejus non usu id me neglexisse non possim argui, *cum forte mihi jam commodum non fuerit eo uti*, tum sane præscriptioni non datur locus, nisi aliud quid accesserit, quo mihi jus meum ab alio dubium redditur - - Tum vero mihi non potest non ille non usus nocere, cum remisisse aut abdicasse jus videar, cujus usum, præsente opportunitate & necessitate, neglexi; welches von den Klägern nicht gesaget werden kann, wenn dieselbe das Mohr qu. bisher geschonet, weil sie an nähern Orten Torf gefunden.

Es leidet auch 3) keinen Zweifel, usu partis integram servitutem retineri (a).

(a) Herr von PUFENDORF Tom. III. Obs. 188. §. 29.

§. III.

Da aber 1) die Stadt 1683. sich auf den Collenradischen Vergleich nicht einlassen wollen, folglich verweigert hat, mit demjenigen, was die Resolution von 1680. enthält, friedlich zu seyn, weil sie unter Münsterscher Protection einen grössern District zu erlangen gehoffet, welches auch daraus zu Tage lieget, daß die in solcher Resolution bedungene Anweisung des Amts Harpstedt seit 70. und mehr Jahren vor entstandenem Proceß nimmer begehret worden, so kann ihr selbige nicht mehr zu statten kommen.

Es ist überdem 2) das Torfgraben so geraume Zeit nicht deswegen unterlassen, weil man die Feurung anderwärts mit geringerer Beschwerlichkeit erlangen konnte, sondern weil des Amts Harpstedt Widersetzung gefürchtet wurde,

als welches 1683. declarirte, disseits des Bremer Fußpfades den Wildeshäusern nichts einräumen zu wollen, wenn sie von dem Collenradischen Vergleich abgiengen. Wäre der nöthige Torf näher zu haben gewesen, warum ist denn, dem Angeben nach, von einigen Wildeshäusischen Bürgern vor 40. 50. Jahren an den streitigen Orten gegraben? Durch einen zehnjährigen und vielmehr den länger unterlassenen Gebrauch hat die Stadt ihr etwaniges Recht verlohren (a). Wenn auch einige Wildeshäuser Torf gegraben, so war es doch nicht vermöge der Resolution von 1680. geschehen, weil keine Anweisung vom Amt Harpstedt begehret worden. Verbotene Handlungen sind aber ohne rechtliche Kraft, wenn ihnen der lange Gebrauch selbige nicht beyleget.

Es ist 3) unerheblich, daß die Wildeshäuser an den Orten qu. beständig Heide und Schollen gehauen, da von dieser Befugnis auf das Torfgraben nicht zu schliessen. Das lezte ist dem Eigenthümer und Interessenten viel nachtheiliger als das erste, weil der Torf entweder gar nicht, oder nur in einigen Jahrhunderten wieder wächset (b), und also der Ort, wo selbiger gegraben wird, weiter keinen Nutzen bringet, ja vielmehr den zur Hud und Weide Berechtigten schadet, weil ihr Vieh nicht selten in denen mit Wasser angefülleten Torfkuhlen umkömt. Die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley erkandte daher 1762.: Nachdemmalen Klägere bey der Anno 1683. gehaltenen Grenz-Commission sich nicht erklären wollen, es bey dem Collenradischen Vertrag, mithin bey der sich darauf gründenden Resolution von 1680. bewenden zu lassen, hiernächst das ihnen durch selbige etwa mitgetheilte Recht seit 70 und mehr Jahren nicht gebrauchet, und um die bedungene Anweisung beym Amt angesuchet, auch ebenwenig ohne Anweisung so lange an dem streitigen Ort Torf gestochen haben, als zur Erwerbung einer solchen Gerechtigkeit erfordert wird, sondern sich vielmehr dessen besage des Augenscheins geraume Zeit enthalten, so ist beklagtes Amt von angestellter Klage zu entbinden, wie wir es also entbinden, und die Proceß-Kosten aus bewegenden Ursachen vergleichen.„

(a) MANZIUS *de Servitutibus* Tit. 6. n. 87. 107. Herr von PUFENDORF d. l. §. 38.

(b) Hannöversche Nützliche Sammlungen von 1755.

XLIV. Bedenken.

Wegen des zum Kauf eines Hauses und zu dessen Besserung ohne gerichtliche Ingrossation geliehenen Geldes kömt dem Gläubiger in den Städten des Fürstenthums Calenberg so wenig eine legalis hypotheca als ein Privilegium personale zu.

Titius hatte zu einem Hauskauf von Mevio 1900 Thlr. und zu dessen weiterer Ausbauung von eben demselben 100 Thlr., nächstdem aber eine gleiche Summe von Cajo geliehen. Den Gläubigern waren zwar Hypotheken bestellet, die Schuldposten aber nicht ingrossiret. Als nun das Haus zum Besten der Gläubiger verkaufet wurde, und das dafür bezahlte Geld nicht hinreichte, selbige zu befriedigen, so erkandten Bürgermeister und Rath der Stadt Hannover am 18ten Sept. 1762.: „daß da sämtliche obhandene Credita nemlich des Mevii Obligation vom 23ten April 1733. in $\frac{2}{3}$ Stücken ad 1900 Thlr., und vom 14ten Maj. 1735. ad 200 Thlr., desgleichen Caji Forderung laut Obligationis vom 20sten Aug. 1732. in $\frac{2}{3}$ 200 Thlr. für erhobener Klage nicht zu des Magistrats Wissenschaft gebracht und ingrossiret worden, folglich allesamt nach dem deutlich wörtlichen Inhalt der Landes-Verordnung vom 17ten Aug. 1739. als chirographarische Forderungen anzusehen, und von dem obhandenen Corpore bonorum, so dermalen in den Hauskaufgeldern ad 1226. Thlr. bestehet, pro rata zu befriedigen, als sollen in solcher Proportion die Gelder bezahlet werden, daß Mevius zu empfangen, von wegen des Capitals der Neunzehnhundert Thaler 1338 Thlr. 9 Gr. 4 Pf., und wegen des Capitals der zweyhundert Thaler 140 Thlr. 31 Gr. 4. Pf., desgleichen Cajus wegen des Capitals der zweyhundert Thaler 140 Rthlr. 31 Gr. 4 Pf., immassen wegen Erhebung der Gelder behuefige Assignationen an die Cämmerey dahier expediret worden.„ Von diesem Spruch appellirte Mevius an die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley, und vermeynte deswegen beschweret zu seyn, weil ihm eine Hypotheca legalis cum privilegio prælationis zustünde, mithin die ganze Hauskaufgelder gehörten, massen sein Darlehn zum Ankauf und der Ausbauung des Hauses verwendet worden.

Nun erfordern zwar Hypothecæ legales keine Ingrossation, wie in dieser Rechtlichen Bedenken *I.* Theil dargethan worden. Aber eine solche hat Mevius nicht erlanget. Sie stehet nur demjenigen zu, der zur Wiederaufbauung und Reparation eines Hauses Geld leihet, und nicht denen, mit deren Darlehn neue Häuser erbauet oder verbessert worden (a).

Zweifel-

Zweifelhafter scheinet es zu seyn, ob nicht denen, die zum Ankauf eines Hauses Gelder verliehen, ein Privilegium personale zukommt. Es heisset in L. 26. ff. de Rebus autoritate judicis possidentis: Qui in navem extruendam vel instruendam credidit, privilegium habet; und in L. 34. d. t.: Quod quis navis fabricandæ vel emendæ causa vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum: daher denn viele Rechtslehrer dafür halten, daß ein solcher Gläubiger den nudis chirographariis vorzuziehen sey (b). Aber das zu Beförderung des Schiffbaues ertheilte Privilegium ist stricte zu erklären, und auf den Ankauf anderer Sachen nicht auszudehnen. Solches will auch Ulpianus in L. 5. §. 17. *ff. de Tributoria actione* also: Plane, si in eandem tabernam merces deferebantur, licet hæ, quæ extant, ex unius creditoris pecunia sint comparatæ, dicendum erit, omnes in tributum, venire nisi fuerint creditori pigneratæ. Zwar vermeynet LEYSER Spec. 487. Med. 5., privilegium quidem ob singularem navium favorem introductum; at ædium, quæ ad decus publicum pertinent, si non majorem, certe parem esse utilitatem. Allein da die Menschen suchen müssen, unter ein Dach zu kommen, so finden sie sich genöthiget, Häuser zu bauen und zu kaufen, mithin äussert sich selten daran ein Mangel. Anders ist es mit den Schiffen beschaffen, welche zu erbauen sowohl, als Geld darauf zu leihen, viel bedenklicher ist, weil man zur See leicht darum kömt, und sie nicht von solcher Dauer sind, als Gebäude, daher der Gesetzgeber mehrere Ursach hat, durch Privilegia die Leute zu bewegen, zu deren Anbau und Ankauf Gelder herzugeben, als zum Hauskauf. Zwar heisset es in der Nov. 97. c. 3.: Novimus & antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas præponere juniores existentes ex privilegiis ad legibus datis, quale est quando aliquis propriis pecuniis procuraverit, navem comparare, aut fabricare, aut reparare, *aut domum forsan ædificare, aut etiam emi agrum* aut aliquid horum, in his omnibus priores existunt posteriores creditores, quorum pecuniis emta aut renovata est, iis qui etiam multo antiquiores sunt; mithin wird demjenigen ein gleiches Recht beygeleget, der zum Schiff- und Hausbau jemand Geld geliehen hat. Es handelt die Novella aber nur von der Ordnung, in welcher hypothecarische Gläubiger zu vergnügen sind, und setzet also voraus, daß demjenigen, welcher zum Ankauf eines Hauses Geld geliehen, solches verschrieben sey, weil ihm sonst kein Jus prælationis gebühret, wie der *L. 7. Cod. qui potiores in pignore* also verordnet: Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores; tamen eum, cujus pecunia prædium comparatum probatur, *quod ei pignori esse specialiter obligatum statum convenit*, omnibus anteferri juris autoritate declaratur. Der Vorzug eines solchen Gläubigers gründet sich also in keinem Pri-

vilegio, ſondern wie Hartmann PISTOR Lib. 3. Qu. 15. n. 14. wohl anmerket, vielmehr darin, quod quia res, priusquam eſſet in bonis creditoris, antecedentibus creditoribus non potuit teneri: cum autem incipit ejus eſſe, tum ſuam conditionem retinet, quæ eſt, ut ei oppignorata ſit, qui in eam comparandam mutuavit. Da nun die Richter in hieſigen Landen angewieſen ſind, ſich an die Opiniones Doctorum nicht zu kehren, ſo hat man das Erkänntnis des Stadt-Magiſtrats beſtätiget, obwohl es der gemeinern Meynung ungemäß iſt.

(a) BEUTHER *de Jure Prælationis* Lib. I. c. 2. LAUTERBACH *C. T. P. Tit. in quibus cauſis pignus &c.* §. 71. HUBER d. t. §. 8.

(b) BRUNNEMANN L. 6. *ff. de Tributoria actione* n. 5. HUBER *ad ff. Tit. qui potiores in pignore* n. 12. MULLER *ad Struv* Ex. 44. §. 56. Lit. *η*. MARTINI *ad O. P. S.* Tit. 49. §. 4. n. 9.

XLV. Bedenken.

Es mildert die Strafe der Blutſchande, wenn die Inquiſiten hoffen können, die Erlaubnis zu erlangen, miteinander in der Ehe zu leben.

Johann Chriſtian Schulze ſuchte 1753. beym Königl. Hannöverſchen Conſiſtorio um die Erlaubniß an, ſeiner Mutter Bruders Wittwe, Dorotheen Magdalenen Greiten zu heyrathen; und als ihm dieſe verſaget wurde, lieſſe er ſich ſolche im Paderbornſchen durch einen Catholiſchen Geiſtlichen antrauen. Das Königl. Conſiſtorium vernichtigte die Ehe, und die Königl. Juſtitz-Canzley ſandte den Schulzen auf 6 Wochen in die Karre, die Greiten aber ins Zuchthaus. Nachdem ſelbige dieſe Strafe ausgeſtanden, lebten ſie als Eheleute miteinander, und erzeugten verſchiedene Kinder. Wie ſolches der Pfarrer des Orts nicht wollte geſchehen laſſen, ſuchten die Leute beym Conſiſtorio an, daß ihre Ehe für gültig erkläret, und dem Paſtori befohlen werden mögte, ſie nicht, wie es ſeit 5 Jahren geſchehen, vom Abendmahl abzuweiſen. Das Königl. Conſiſtorium berichtete den Fall der Königl. Landes-Regierung, und dieſe übergab der Königl. Juſtitz-Canzley deſſen Unterſuchung und geſetzmäßige Beſtrafung. Nach gehaltenen articulirtem Verhör wurde denen Inquiſiten ein Defenſor beſtellet, welcher zu behaupten ſuchte, daß ſie in bona fide geweſen, und dafür gehalten, es ſey ihnen, nach ausgeſtandener Strafe, in der Ehe zu leben erlaubet geweſen.

Dieſes

Dieſes iſt nun zwar nicht gläublich, da die Leute wuſten, daß ihre Ehe vor nichtig erkläret worden, und der Paſtor der fortdaurenden Beywohnung halber ihnen das heilige Abendmahl nicht geben wollte. Die Inquiſiten hatten jedoch Hofnung Diſpenſation zu erlangen, da ſo viele gelehrte Männer, beſonders in unſern Zeiten, dafür halten, daß ſolche ertheilet werden könne (a), auch ſeit 20 und mehr Jahren in hieſigen Landen dergleichen Ehen öfters erlaubet worden, obwohl noch Res integra war, mithin die Königl. Landes-Regierung, wenn ſelbiger die Umſtände gebührend vorgeſtellet wären, ſich vermuthlich hätte bewegen laſſen, dieſe Ehe zu verſtatten, da deren Trennung die Wohlfahrt der vorhandenen Kinder in groſſe Gefahr ſetzte. Es halten ſogar viele dafür, daß es unerlaubet ſey, wider beyder Partheyen Willen eine ſolche Ehe zu verhindern, maſſen im III. Buch Moſ. C. XX. v. 11. ſequ. auf die Ehe zwiſchen Eltern, Kindern und Geſchwiſtern zwar die Todesſtrafe geſetzet iſt, hingegen aus der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe nur keine Kinder erfolgen, oder, wie einige wollen, die gezeugte Kinder nicht dem jetzigen, ſondern dem verſtorbenen Mann zugehören ſollen (b). Beydes ſetzet aber die Fortſetzung der Ehe voraus. Die Inquiſiten wurden auch dadurch in der Meynung beſtärket, daß ſie nichts ſehr Strafbares begangen, weil das Amt Brunſtein dieſelbe viele Jahre als Eheleute miteinander leben laſſen, und verdiente des Droſten Vorgeben, daß ihnen ſolches verboten ſey, extra acta keinen Glauben, da er mit ſelbigen ſeine Verſäumniß entſchuldigen wollte. Die Frau ſtarb währender Inquiſition, und der Mann wurde mit zweymonatlichen Karrenſchieben beſtrafet, auf daß andere von dergleichen Ehen und Ungehorſam abgeſchrecket werden mögten.

(a) LUDEWIGS gelehrte Anzeigen Part. I. BAUMGARTENS Theologiſcher Bedenken VI. Sammlung. Herr Geheimte Juſtiz-Rath GEBAUER *de Matrimonio cum avunculi vidua per tot.* Herr Hofrath MICHAELIS von den Ehegeſetzen Moſis. *Autor Comm. de Matrimoniis prohibitis & permiſſis* cap. 7.

(b) MEVIUS Part. III. Dec. 399. n. 3. SCHRADER *de Cauſis fori eccleſiaſtici.* Herr von PUFENDORF Tom. I. Obſ. 164. §. 3. Herr MICHAELIS d. l.

XLVI. Bedenken.

Ob ein Pächter, welcher alle Unglücksfälle übernommen, wegen der Kriegesschäden Nachlaß begehren kann.

Es ist ein Unglücksfall, wenn der Feind den Pächter behindert, das gepachtete Gut gebührend zu nutzen. Hat derselbe also alle Unglücksfälle übernommen, so gewinnet es das Ansehen, als müsten auch nur ihm die Kriegesschäden zum Nachtheil gereichen, deren Möglichkeit er sich vorstellen konnte, und deswegen eine Ausnahme von der Regel dem Contract einverleiben müssen, wenn die Absicht dahin gangen, eine solche zu machen (a). Von dem Unterschied zwischen den gewöhnlichen und höchst ungewöhnlichen Unglücksfällen findet sich nichts in den Römischen Rechten, weswegen die Meynung der Rechtslehrer, welche selbige daraus behaupten wollen, keinen Beyfall zu verdienen scheinet (b). Wollte man auch nur dasjenige pro insolutissimo halten, was etwan alle 1000 Jahr einmal geschiehet, so ist die feindliche Ueberziehung ein so seltener Fall nicht.

Es hat aber der Unterschied zwischen gewöhnlichen, ungewöhnlichen und ganz unerwarteten Unglücksfällen in der Natur der Sache guten Grund. Daß der schädlichen Witterung halber ein Miswachs entstehet, ist etwas Gewöhnliches, ungewöhnlicher aber, daß die Früchte durch Hagelschlag oder Mausefras verderbet werden. Man stellet sich jedoch vor, daß es geschehen mögte, und bestimmet deswegen im Contract, wer den Schaden übernehmen soll. Daß hingegen z. E. ein Wolkenbruch ganze Felder zu Grunde richtet, begiebet sich so selten, daß bey Behandlung eines Pacht-Contracts niemand darauf denket, und es würde vermuthlich, wenn zu solcher Zeit die Frage entstünde, wer dergleichen Unglücksfall zu übernehmen habe? der Verpächter Bedenken tragen, durch Minderung des Pachtgeldes den Pächter dazu zu bewegen, sondern lieber eine Gefahr mit stehen, die überaus entfernet ist. Deswegen lehret MEVIUS *Resol. in Causis pensionariorum c.* I. *n.* 130.: „Begaben sich dergleichen unvermuthliche Fälle, so bey Menschen Denken nie fürgefallen, und also über die Maße ungewöhnlich wären, daß der Beysorge man nicht hätte tragen, weniger die Gedanken darauf richten können, so verbleibet es, der Susception und Renuntiation unangesehen, bey den gemeinen Rechten, und betreffe der Schade den Colonum nicht;„ imgleichen WERNHER *Part. V. Obs.* 98. *n.* 2.: Erat venti tanta violentia & impetus, ut merito ad casus insolutissimos referri debeat.

Atqui

Atqui tales ſub caſibus fortuitis ſimpliciter receptis non continentur, neque de illis partes contrahentes ſenſiſſe aut cogitaſſe cenſentur.

Was inſonderheit die Kriegesſchäden anlanget, ſo erfordert MEVIUS *d. l. n.* 148., „daß hiebey zuförderſt in acht genommen werde, ob aus vorhergehenden Umſtänden und vernünftigen Ermeſſungen die erfolgte trübſelige Devaſtation zu beſorgen, und in Vordenken zu führen oder zu muthmaſſen geweſen.„ Es iſt daher am Rheinſtrom, in Brabant, und denen Landen, wo ſonſt, nach der bisherigen Verfaſſung des Europäiſchen politiſchen Syſtems, Krieg geführet zu werden, pflegte, der dadurch verurſachte Schade kein Caſus inſolitiſſimus, wohl aber in den Braunſchweig-Lüneburgiſchen Landen, allwo es bey Menſchen Gedenken nicht geſchehen; daher dann weder der Verpächter, noch Pächter ſich beygehen laſſen, daß Americaniſcher Händel halber ein Franzöſiſches Kriegesheer mit Beyſtand des Wieneriſchen Hofes unſers bisherigen Bundesverwandten die Königl. Teutſche Lande feindlich überziehen würde. Nicht ſo unerwartet war 1707. der Schwediſche Einfall in Sachſen, und dennoch hält WERNHER *Part. II. Obſ.* 420. dafür, daß die Schwediſche Einquartierungs-Koſten unter den übernommenen Oneribus nicht mit begriffen ſind, quia pacta & conventiones generaliter conceptæ ita ſemper interpretandæ ſunt, ut ad ea, de quibus veriſimile eſt, partes cogitaſſe, reſtringantur. Unde ſi quis etiam omnes indiſtincte caſus fortuitos in ſe receperit, non tamen de illis tenetur, qui rariſſimi & prorſus improviſi, quos Doctores inſolitiſſimos vocare ſolent; Dem beypflichtet Herr WINKLER von Kriegesſchäden der Pächter und Miethsleute *Sect. I. c.* 2. *n.* 27. 28. 31. 51. 52. 53.

Daß ein ſolcher Fall ſich alle 1000. Jahr einmal zutragen müſſe, iſt eine ungegründete Meynung, und genug, wenn er ſich an dem Ort, wovon die Frage, ſo ſelten begiebet, daß man ihn zu fürchten geringe Urſach hat (c).

(a) CARPZOV Part. II. Conſt. 26. Def. 8. Conſt. 37. Def. 17. n. 2. Herr Juſtiz-Rath von RIEDESEL *de Eo quod juſtum eſt circa remiſſionem mercedis in locatione conductione ob calamitates bellicas* c. 2. §. 17.

(b) WEGE *de Locatione & Conductione* cap. 8. n. 187.

(c) BALTHASAR *de Remiſſione mercedis in locatione prædiorum ruſticorum ob ingens damnum ex lue pecorum conductori contingens.*

XLVII. Bedenken.

Die adeliche Schafe sind im Fürstenthum Calenberg und denjenigen Stift-Hildesheimschen vier Aemtern, welche selbigen ehemals einverleibet gewesen, schatzfrey.

In der Calenbergischen Schatz-Ordnung von 1618. heisset es: „Schaf-Schatz von Stiftern, Clöstern, kleinen Städten und Dorfschaften, wie auch von Fürstlichen, Adelichen und allen Beamten, Schafmeistern, Schäfern und Dienern, wie die Namen haben mögen, soll von allen Haupt 2 mgr., vom Lamm 1 mgr., was dessen im Frühling beschrieben, oder sonst befunden wird, contribuiret, und an Reichs-Thalern, was die jederzeit gelten, abgestattet und erleget werden. Hierin sollen auch die Pfarrherren, so Schäfereyen haben, und eigene Hirten halten, mit verstanden werden; die übrige Pastoren aber, so etwa über 20. oder 30. Häupter nicht haben, mögen dieselbige wegen ihres geistlichen und Kirchenamts schatzfrey haben und halten. Von adelichen Schäfereyen gepachtet oder selbst gebrauchet, wird es in das Gedinge der jährlich verdingten und versprochenen 800. Reichsthlr. verstanden;„ und in der Hildesheimischen Schatz-Ordnung von 1648. *art.* 3.: „Bezahlen die Schafmeister von eigenen Schafen den Schaf-Schatz. Wegen der Ritterschaft soll es gehalten werden, wie im Fürstenthum Calenberg.„ Daselbst muß nun keiner von Adel seine Schafe zählen lassen und verschatzen. Es ist ferner im Hildesheimischen Landtags-Abschied von 1652. versehen: „So verbleibet es auch zum Achtzehenden, des Schaf-Schatzes halber, so die Amts-Pächter, Schafmeister, Knechte und Jungen von ihren Schafen der Land-Renterey geben müssen, bey der confirmirten Schatz-Ordnung.„ Eigentlich ist also der Schaf-Schatz von den Schafmeistern zu erlegen, mit welchen eiserne Satzungen gemacht zu werden pflegen. Um allen Streit darüber zu vermeiden, ob das Vieh dem Schäfer oder dem Herrn zugehöre, wird von den adelichen Schäfereyen im Stift Hildesheim der vierte Theil verschatzet, mithin ist diese Last nicht auf die adeliche Schafe geleget.

XLVIII. Bedenken.

Von der Comparatione Litterarum.

Die *Nov.* 73. *c.* 7. verordnet von der Comparatione litterarum folgendes: Si vero moriantur omnes testes, aut forsan absint, aut aliter non facile sit, fidem

ex teſtium ſubſcriptionibus invenire, neque tabellio ſupereſt, qui complevit (ſi quidem publice ſit confectum) quatenus teſtimonium perhibeat pro ſe, aut non eſt in civitate, ſed neceſſe eſt omnino collationem litterarum ſuppletiones eorum, qui ſubſcripſerint aſſumere, tunc competens eſt properare quidem ad comparationes (neque enim eas modis omnibus interdicimus) per omnem autem ſubtilitatem procedere, & omnino (ſi putaverit eis judex oportere credi) etiam jusjurandum injicere proferenti: Quia nihil maligni conſcius in eo, quod a ſe profertur, nec quandam artem circa collationem fieri præparans, ſi utitur eo, quatenus neque perimatur quicquam omnino, & per omnia munitio in rebus fiat; und die Chur-Braunſchweigiſche Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung diſponiret *Part. II. Tit.* 8. *Sect.* 2. §. 7. davon alſo: „Weil es aber mit dieſer Comparatione litterarum an ſich eine gar gefährliche Sache iſt, indem es Leute giebet, die eines andern Hand ſo gar eigentlich nachſchreiben können, daß man darin keinen Unterſchied finden kann. Die Siegel auch misbrauchet, oder auch gar nachgemachet werden können, ſo ſoll bey unſerm Ober-Appellations Gericht hierunter alle Behutſamkeit gebrauchet, und, wo immer anderer Beweis zu haben, hiezu nicht geſchritten, bey Abfaſſung der Urthel aber auf alle bey der Sache ſich desfalls findende Umſtände, und ob aus allen ein völliger Beweis zu ſchlieſſen, genaue Obſicht getragen werden.„

Man muß es alſo 1) auf die Beurtheilung der Schreibmeiſter nicht ankommen laſſen, wenn die Richtigkeit des Documents auf andere Weiſe dargethan werden mag, maſſen dieſe Leute ſowohl durch eine geſchickte Feder zu glauben beweget werden können, daß nachgemachte Schriften ächt ſind, als auch ſelbige vielfältig das Gegentheil deswegen zu finden vermeinen, weil ſie einigen Unterſchied der Buchſtaben bemerken, da ſie jedoch ſchwerlich in eines Menſchen Schriften jedesmal eine völlige Gleichheit der Züge findet, als welche die Verſchiedenheit der Feder, des Papiers und der Dinte, auch des Schreibers geänderte Leibes- und Gemüthsbeſchaffenheit behindert.

Zweifeln gleich 2) die Schreibmeiſter nicht, daß die Schrift derjenigen gleichförmig iſt, mit welcher ſie ſelbige verglichen haben, ſo machet doch ſolches noch keinen halben Beweis, wenn nicht andere Umſtände ihr Gutachten beſtärken (a), und es kömmt fürnemlich auf das Arbitrium judicis an (b). Wenn ſolche Umſtände dargethan werden, welche die Richtigkeit des Documents glaublich machen, ſo findet allerdings der Erfüllungseid Platz, und in deſſen Entſcheidung iſt der Product zum Reinigungseide zu laſſen (c). In Sachen von Lüde wider von Windheim brachte der Schuldner eine Quittung des Gläubigers bey,

welche

welche deſſen hinterlaſſene Wittwe eidlich diſſitirte. Drey Schreibmeiſter hielten ſie für die Hand des Gläubigers. Der vierte war anderer Meynung, und urtheilte, daß ſie von einer Schrift des Verſtorbenen mit Bedacht zwar nachgezogen, jedoch einer unförmlich, zitternd, bebend, oft eingehaltenen, wieder angeſetzten, daher augenſcheinlich mislungenen Schreibart gleiche. Der Schuldner war erbietig, durch Zeugen zu erweiſen, daß er, um die Schuld abzuführen, Geld angeliehen, die erhaltene Quittung einem Dritten zu bewahren gegeben, dieſer ſie verleget, und nachmals wieder gefunden habe. Die Königl. Hannöverſche Juſtitz-Canzley befriedigte ſich mit dem Zeugnis der mehreſten Schreibmeiſter nicht, ſondern erforderte 1762. die Beybringung des anerbotenen Beweiſes.

(a) SCHAUMBURG *Princip. Prax. Jurid.* Lib. I. Sect. I. Membr. 3. c. 3. §. 26. LEYSER Spec. 277. Med. 7.

(b) Herr von PUFENDORF Tom. II. Obſ. 24. §. 4.

(c) BERGER O. J. WERNHER Tom. I. Part. I. Obſ. 104. *in Suppl.* num. 5. SCHAUMBURG d. l.

XLIX. Bedenken.

Ob Kinder einen Lohn für die Dienſte fordern können, welche ſie ihren Eltern geleiſtet haben.

Es hält LEYSER Spec. 17. Med. 2. dafür, daß ein Kind ſeinem Vater die Hausarbeit, nicht aber diejenige umſonſt leiſten müſſe, welche mittelſt eines erlernten Handwerks geſchiehet. Er gründet ſeine Meynung auf den §. 1. *Inſt. per quas perſonas cuique acquiritur*, woſelbſt es heiſſet: Sancitum a nobis eſt, ut ſi quid ex re patris ei obveniat, hoc ſecundum antiquam obſervationem totum parenti acquirat. Quæ enim invidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reverti. Aber dieſe Verordnung handelt ſowohl vom Geſellenlohn, als vom Knechtslohn. Es billiget daher STRYCK *de Succeſſione ab inteſtato Diſſ. XI. c.* §. 20., ohne einen Unterſchied zu machen, den Kindern alsdenn einen Lohn zu, wenn ſie ſolchen anderwärts verdienen können, und daran vom Vater behindert worden.

So lange dieſelbe ihrer Jugend oder anderer Umſtände halber kein mehreres erwerben mögen, als ihr Unterhalt erfodert, oder auch die Erziehung nicht ver-

verstattet, sie anderwärts dienen zu lassen, muß es ohne Lohn in der Eltern Hause geschehen, wenn sie gleich im leztern Fall von dem Ihrigen leben könnten. Vermag aber ein Sohn mit seinem Handwerk, oder aber mit schwerer Handarbeit, als Knecht auf einem Ackerhofe, imgleichen die Tochter durch Führung des Haushalts mehr zu verdienen, als die Alimentation erfordert, sie leisten solche Dienste den Eltern, und ersparen selbigen dadurch das Gesellen- Knechts- oder Haushälterinnenlohn, so gebühret ihnen, wenigstens bey der Erbtheilung eine billige Belohnung, weil sie zum Besten der Miterben gearbeitet haben. Es ist solchenfalls vielmehr eine tacita locatio zu vermuthen, als daß der Sohn umsonst dienen wollen, und es der Vater von ihm gefordert habe, wenn gleich dieser nicht ausdrücklich verweigert hätte, geschehen zu lassen, daß jener ausser dem Hause etwas erwerbe. Daß die Gewalt der Teutschen Väter nicht so groß ist, als der Römischen, habe ich in des II. Theils LXVIII. Bedenken angemerket.

L. Bedenken.

Von der Enterbung des Sohns eines Lehnmanns.

Einige ältere und neuere Rechtslehrer halten dafür, daß ein Vater durch die Enterbung seinen Sohn auch von den Lehnen ausschliessen könne (a). Ihre Gründe sind folgende: 1) Legten die Lehn-Rechte den Söhnen kein bessers Erbrecht bey, als die Römische, und alle Fälle, von welchen jene nichts verordnen, wären aus diesen zu entscheiden. Durch die Einführung des Erbrechts in den Lehnen, habe man dem Lehnsherrn die Gewalt entzogen, solche den Nachkommen der Vasallen ohne Ursach zu versagen, nicht aber die Väter verbunden, denen Söhnen daran ein Recht zu gönnen. So wenig 2) der Sohn den Vater verhindern könne, das Lehn zu seinem Nachtheil zu verkaufen, so wenig habe selbiger Ursach, sich darüber zu beschweren, daß er es ihm wegen seiner übeln Aufführung nimmt. Endlich 3) beziehe sich das Lehnrecht 2. *Feud.* 24. § 2. ausdrücklich auf die Verordnung der Civil-Rechte von Enterbung der Kinder, billigte die darin enthaltene Exheredationis, und gebe die Ursachen, einen Lehnsfolger von der Succeßion auszuschliessen, des Richters Gutbefinden anheim.

Daß aber 1) den Söhnen ein mehreres Recht am Lehn als am Erbe zustehet, setzet folgender Textus 1. *Feud.* 8. ausser Zweifel: Si quis igitur decesserit, filiis vel filiabus superstitibus, succedunt tantum filii æqualiter, vel ne-

potes ex filio loco sui patris, *nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente.* Zwar heisset es 2. *Feud.* 45.: Ubi (Vasallus) filium reliquit, ipse non potest hereditatem sine beneficio repudiare, sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet, und hieraus folgert man mit gutem Grunde, daß ein Sohn, der das Lehn behalten will, alles genehmigen muß, was sein Vater gethan, nicht aber, daß ihm solches oblieget, wenn er von der väterlichen Erbschaft ausgeschlossen wird, und also weder Lehn noch Erbe empfängt. Die Sache ist aus der Analogie des Lehnrechts, und keinesweges aus den Römischen Rechten zu entscheiden. Jenes aber verbindet, wie ich eben gesaget habe, die Söhne nur, des Vaters testamentarische Verordnung zu befolgen, wenn sie dessen Erben worden. So lange der Lehns-Contract dauret, stehet selbigen ein von dem ersten Erwerber ihnen bedungenes Erbrecht zu, welches sie nicht vom Vater empfangen, und er keinem Sohne nehmen kann. Eine andere Bewandnis hat es 2) mit der Veräusserung des Lehns. Denn dadurch wird der Lehns-Contract aufgehoben. Daß solches geschehe, mag kein Sohn behindern, da ihm die Erbfolge nur bedungen worden, so lange selbiger dauret, und dem Vater nirgend verboten ist, ihn aufzuheben (a). 3) Wollen die Lehn-Rechte 2. *Feud.* 24. §. 2. nicht, daß diejenige Ursachen, welche nach den Römischen Rechten zur Enterbung hinlänglich sind, dem Vater verstatten, seinen Sohn auch vom Lehn auszuschliessen, sondern, vermöge besagten Textus, kann ein Lehnsherr seinen Vasallen das Lehn solcher Verbrechen halber nehmen, welcherwegen einem Vater erlaubet wird, sein Kind zu enterben. Wer dem Lehnsherrn nicht treu und hold ist, handelt wider den Lehns-Contract, und begehet eine Felonie, nicht aber, wer andern zu nahe tritt, es wäre denn, daß er sich dadurch ausser Stand setzte, die Lehnspflichten zu erfüllen, daher von den mehresten Rechtslehrern dafür gehalten wird, daß die Enterbung des Vaters den Sohn vom Lehn nicht ausschliesset (c).

(a) ZASIUS *de Feudis* Part. VIII. n. 3. LEYSER Spec. 358. Med. 4. BAVER *de Vasallo exheredante per tot.*

(b) LUDOLF *de jure primogenituræ* Part. Spec. §. 6. n. 10.

(c) G. A. STRUV S. I. F. c. 9. §. 12. n. 8. B. G. STRUV Jurisprud. Feud. c. 14. §. 11. Herr B. von SENCKENBERG *Jur. Feud.* §. 290.

LI. Bedenken.

Ein Kind wird ehelich zu seyn vermuthet, wenn gleich die Mutter angiebet, daß es im Ehebruch erzeuget sey.

Nachdem Heinrich Conrad Kruse und Anne Christine Rebecca Bumanns, Jänekens Ehefrau, wegen eines begangenen Ehebruchs bestrafet worden, und zwar der Mann mit der Karre, die Frau aber mit dem Zuchthause, forderte diese von jenem, daß er ein Kind, welches sie zur Welt gebohren, ernähren sollte, und verklagte ihn deswegen beym Amt Rehburg. Selbiger wendete ein, er habe den Ehebruch am Palm-Sontage 1760. begangen. Das Kind sey aber am 25sten Febr. 1761. geboren. Die Klägerin wäre am 14. Jun. 1760. zu ihrem Mann nach Münden gegangen, woselbst sie als Eheleute gelebet, und von der Zeit her sey sie schwanger gewesen. Die Klägerin replicirte, Beklagter habe öfters nach dem Palm Sonntag 1760., ja so gar, wie ihr Mann schon wieder bey ihr gewesen, den Ehebrauch fortgesetzet. Sie sey schwanger nach Münden gegangen, und habe sich nur deswegen zum Mann begeben, um ihre Unthat zu verbergen, und ihn für den Vater des Kindes ausgeben zu können. Dieselbe deferirte dem Beklagten darüber einen Eid: Ob er nicht in Ostern 1760., auch 14. Tage nachher, und bis den 16ten Jun. desselben Jahrs bey ihr gelegen habe. Dieser hingegen begehrte, der Klägerin Ehemann solle eydlich erhärten, daß er bis Anfangs Junii sich mit seinem Weibe nicht fleischlich vermischet habe, und die Frau schwören, daß sie seit dem Palm-Sonntag weder mit ihrem Mann noch mit einem Dritten, sondern allein mit ihm zu schaffen gehabt, davon schwanger worden, und das Kind zur Welt gebracht habe. Das Amt erkandte am 24sten Mart. 1762., „daß der von Beklagten verlangte Eyd nicht statt finde, vielmehr er schuldig sey, den von der Klägerin ihm deferirten Eyd abzuschwören„. Nachdem sich aber selbiger an Königl. Justitz Canzley gewand, ist dieser Spruch geändert und erkandt: „Weilen Klägerin nicht in Abrede stellet, daß sie im Junio 1760. ihrem Mann ehelich beygewohnet, mithin er Vater des am 27sten Febr. 1761. gebohrnen Kindes seyn kann, und solches den Rechten nach zu vermuthen ist, so wird Beklagter von angestellter Klage entbunden„. Denn obwohl einige Rechtslehrer vermeynen, daß wenn die Mutter des Ehebruchs überführet worden, das Kind für ehelich nicht zu halten sey (a), welche Meynung COCCEJUS *in Jur. Controv. Tit. de his qui sui vel alieni juris sunt Qu.* 7. also vertheidiget: Si constat matrem rem cum adultero habuisse, tunc cessat illa legalis præsumtio honestæ cohabitationis, quæ sola partus certitudinem

dinem inducit. Hæc igitur cum adeo ceſſet, ut mulier ſemel mala jam præſumatur potius ſemper mala, nihil ſupereſt, unde oſtendi legitimum jus partus poſſit; ſolches auch im gegenwärtigen Fall um deſtoweniger zu vermuthen ſeyn mögte, da die Klägerin verſicherte, wie ſie würklich ſchwanger geweſen, als ſie zu ihrem Mann kommen, ſo gehet jedoch die gemeinere und wahre Meynung der Rechtslehrer dahin, daß wenn ein Kind vom Ehemann gezeuget ſeyn kann, ſolches für ehelich zu halten, wenn gleich die Mutter einen Ehebruch begangen. Es ſchreibet Papinianus *in L.* 11. §. 9. *ad L. Juliam de adulteriis coercendis:* Quæ (adulterii inſimulata) propter impuberem filium vult dilationem ab accuſatore impetrare, an debeat audiri? Reſpondi: non videtur mihi confugere ea mulier ad juſtam defenſionem, quæ ætatem filii prætendit ad eludendam legitimam accuſationem. *Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti præjudicat*, cum poſſit & illa adultera eſſe, & impubes defunctum patrem habuiſſe. Wenn aber der Beweis des Ehebruchs das Kind unehelich machte, ſo ſchadete demſelben allerdings der Mutter Verbrechen, und ſelbiges müſte an der wider ſie erhobenen Klage Theil nehmen. Es iſt alſo für ehelich zu halten, obſchon die Mutter des Ehebruchs überführet wird, und ſchwören will, daß es im Ehebruch erzeuget ſey (b), bevorab, wenn aus ſolcher Angabe ihr ein Vortheil entſtehet, wie im gegenwärtigen Fall, da man dem Beklagten die Alimentationskoſten des Kindes aufzubürden ſuchte. Weil die Vermuthung für ſelbige ſtreitet, ſo hindert nichts, daß kein legitimum jus partus dargethan werden kann. Im Zweifel iſt es billiger, ein unſchuldiges Kind bey Ehren und Gütern zu erhalten, als ſolches vielleicht mit Unrecht um beydes zu bringen.

(a) STRUV *S. J. C. Ex.* 3. §. 43.

(b) LAUTERBACH *C. T. P. Tit. de his qui ſui vel alieni juris ſunt* §. 9. VOET *ad ff. d. t.* §. 8. BERGER *ad Lauterbach d. t. Qu.* 3. Elias Aug. STRYK *de Deſignatione patris a matre infantis facta* c. 3. n. 26.

LII. Bedenken.

Ob der Verkäufer den Käufer durch die Uebergabe der verkauften Sachen zum Eigenthümer derſelben machen kann, wenn ſie ein anderer beſitzet.

Es hatte Friedrich Römermann nach ſeines Vaters Tode einer von dieſem beſeſſenen Wieſe bey Lasfeld, Amts Oſterode, mit Ausſchlieſſung ſeiner 6.

Ge-

Geschwister, sich allein angemasset, dieselbe 42 Jahr genutzet, und 1759. dem Henrich Jürgen Dempewolf und Christian Grosheim, die übrige Römermannsche Erben aber 2 Tage nachher ihre Antheile dem Tilo Henrich und Johann Christoph Mackensen verkaufet. Jene waren in dem Besitz der Wiese, und das Amt Osterode schützte sie darin. Als aber die Sache zwischen den Römermannschen Erben beym Amt Staufenburg in foro domicilii zum Proceß gediehe, entschiede man ihn dahin, „daß da sattsam erhelle, daß die quæstionirte $3\frac{1}{2}$ Morgen Land von der sämtlichen Partheyen Erblasser herrühren, Beklagter aber so wenig die väterliche Schenkung, als daß der eine Morgen Christian Römermanns Erben zugehöret, zu erweisen vermogt, Klägere dazu zu gleichen Theilen concuriren sollten„. Aus solchem rechtskräftigen Spruch belangten nun diejenigen, welche der 6. Römermannschen Geschwister Antheile gekaufet hatten, die Besitzer, so des Friedrich Römermanns Recht an sich gebracht, und um die Reivindication zu begründen, wollten sie durch Zeugen erweisen, daß ihnen nach geschehenem Kauf das Land von den Verkäufern würklich angewiesen, und also übergeben wäre, daher die Frage entstunde: Ob sie durch solche Handlung dessen Eigenthümer worden?

Es scheinet beym ersten Anblick, als sey die Frage zu bejahen. Denn da der Besitz von dem Eigenthum getrennet werden kann, so mag man dieses ohne jenen erlangen, wenn es auf eine solche Art geschiehet, die niemandens Besitz stöhret. Eine Apprehensio possessionis non vacuæ entziehet aber dem Besitzer nicht das mindeste, so er zu selbiger Zeit hatte. Das Recht der Natur erfordert zur Erlangung des Eigenthums keine Tradition (a), sondern die bürgerliche Rechte deswegen, damit man so vielmehr wisse, wer der Herr einer jeden Sache ist, welches geschehen kann, wenn gleich der Käufer deren Genuß nicht sogleich überkömt. Diese Lehre wird fürnemlich auf den L. 16. ff. de fundo dotali gegründet, welcher den Mann verbindet, ein ihm zum Brautschatz mitgegebenes Grundstück, welches ein anderer bona fide besitzet, zu vindiciren. Dessen Ursach soll diese seyn, quia uxor induxit virum in fundum, & ita adeptus dominium sine possessione, welcher Meynung viele ältere und neuere Rechtslehrer beypflichten (b). Endlich scheinet der L. 31. §. 2. ff. de Actione emti venditi dem Kläger sehr zu statten zukommen, welcher also lautet: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est, sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus adprehendit, hoc est, cui primum traditum est. Sed si alter ex nobis a domino emisset, is omni modo tuendus est.

Diesem allen stehet entgegen, daß der Endzweck, weswegen von den Gesetzgebern die Tradition zur Erlangung des Eigenthums erfordert wird, nicht zu erreichen ist, wenn eine Besitznehmung, deren Wirkungen nicht in jedermanns Augen fallen, rechtliche Kraft hat. Die Absicht gehet dahin, zu behindern, daß durch den Kauf fremden Guts jemand ohne seine Schuld Schaden leide (c). Dieses wird keinesweges verhütet, wenn in Abwesenheit des Besitzers dem Käufer heimlich ein Gut übergeben werden mag, welches in des Verkäufers Gewalt nicht ist. Es lehret GUNDLING *Jur. Nat. c.* 20. §. 27.: Est traditio rei corporalis, & possessionis translatio cum implemento conjuncta ad dominium impertiendum; und §. 30.: Ad traditionem requiritur res a possessione alterius vacua. Extinguenda est possessio primi, ut vincat possessio posterioris: auch Herr PUTTER und Herr ACHENWALL in *Elem. Jur. Nat.* §. 415.: Trado rem, dum efficio, ut res ex mea in alterius potestatem transeat. Daß von den Römern die Sache eben also angesehen worden, erhellet aus verschiedenen Gesetzen, welchen diejenige, so die widrige Meynung zu behaupten suchen, einen irrigen Verstand beylegen. Es heisset 1) in L. 8. Cod. de Actionibus emti & venditi: Si pater tuus venundedit portionem suam, *nec induxit in vacuam possessionem prædii*: jus omne penes se eum retinuisse certum est. Neque enim velut traditionis factæ vectigal exolutum, si simulatum factum interceßit, veritatem mutare potuit. Quapropter aditus Præses provinciæ si animadverterit, *in vacuam possessionem patrem tuum*, neque successores ejus emtorem, vel heredem ipsius induxisse, non dubitabit, nihil esse translatum pronunciare. Et si de ex emto ad inducendum eum in vacuam possessionem prædii perspexerit conveniri: existimabit an pretium sit solutum, ac si repererit non esse pretio satisfactum, hoc restitui tibi providebit. Hier wird ausdrücklich gesaget, Venditorem jus omne penes se retinuisse, si emtorem non induxit in vacuam possessionem, und also verbleibet ihm solchenfalls das Eigenthum. Zwar wendet man ein, es sey die Rede von einer Traditione simulata. Die Simulation bestunde aber nur darinn, daß der Käufer durch die Bezahlung der Steuren die Leute glauben machen wollen, das Gut sey ihm übergeben, mithin er dessen Herr worden. Denn im übrigen war der Kauf nicht simuliret und zu Recht beständig, wie daher erhellet, daß dem Käufer verstattet worden, Actionem emti anzustellen, und er dem Verkäufer das rückständige Kaufgeld zahlen sollen. Denn restituere bedeutet hier so viel als solvere, wie BRISSONIUS de Verborum significationibus und andere lehren.

2) Bestärket der *L.* 12. *Cod. de Probationibus* diese Auslegung folgendergestalt: Cum res non instrumentis gerantur, sed in hac rei gestæ testimonium con-

conferatur, factam emtionem & in vacuam possessionem inductum patrem tuum, pretiumque numeratum, quibus potes jure proditis probationibus docere debes. Es wird also zur Reivindication dreyerley erfordert, nemlich facta emtio, in vacuam possessionem inductio, und pretii numeratio. Man wendet ein, dieses alles sey nur nöthig, wenn auf die Erfüllung des Contracts geklaget werde. Aber alsdenn wäre es in dem Fall, welchen der Lex entscheidet, unnöthig gewesen, Inductionem in vacuam possessionem zu erweisen, weil auch in deren Ermangelung der Verkäufer Wort halten, und die verkaufte Sache ausliefern muß, welchemnach dieser Lex nicht von der Actione emti, sondern von der Reivindication handelt.

Solches thut auch 3) der *L.* 13. *Cod. de Distractione pignorum* also: Qui prædium obligatum a creditore comparavit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem habet actionem. Man will selbigen auf die a non domino geschehene Veräusserungen einschränken. Solchenfalls hätte aber der Käufer keine Actionem in rem erlanget, wenn gleich die Inductio in possessionem vacuam geschehen wäre (d). Es muß also von einem Gläubiger die Rede seyn, der das Pfand verkaufen lassen, weil er auf andere Weise zu dem Seinigen nicht gelangen konnte. Ich halte es für überflüssig, mehrere Gesetze zu Bestärkung dieser Lehre anzuführen. Der oben gemeldete *L.* 16. *ff. de Fundo dotali* ist nun selbiger gemäs zu erklären, und es geschiehet sehr füglich, dafern man ihn mit VINNIO *ad Inst. L.* 2. *Tit.* 1. *§.* 40. *n.* 3. von dem Fall verstehet, wenn die Frau die ihr competirende Action dem Mann zum Brautschatz mitgegeben, oder sonst übertragen hat. Der *L.* 31. *ff. de Actione emti venditi* setzet aber voraus, daß der wahre Eigenthümer wider zum Besitz des Seinigen gelanget ist, solches darauf von ihm jemanden verkaufet und übergeben worden, massen ohne die Tradition bey den Römern kein Eigenthum erlanget werden konnte (e). Die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley erkandte daher 1761. in dieser Sache; „Wenn gleich Klägere und Appellanten gegen die Rechtskraft des am 13ten Januar. 1759. abgegebenen Bescheides in integrum zu restituiren seyn mögten; nachdem jedoch denenselben gegen den Possessorem der Länderey aus dem per contractum emtionis venditionis erhalten jure ad rem kein Recht zu agiren zustehet, eine Cessio jurium der Römermannschen Erben aber theils nicht beygebracht, theils solcher die Rechtskraft des Decreti de 16ten May 1760. im Wege stehen würde, daß daher die Gravamina für erheblich nicht zu achten, Appellanten jedoch gegen die Verkäufer der Wiese quævis competentia vorbehalten bleiben.„ Als auch Klägere darthun wollten, daß ihnen die Länderey angewiesen,

sen, mithin deren Eigenthum übertragen sey, erfolgte ferner 1762. dieser Spruch: „Nachdem so wenig die in dem zwischen den Römermannschen Erben und Supplicanten vollzogenen Kaufbriefe befindliche eine Tradition bezielende Worte, als die nachmals vorgenommene Actus possessori mere turbativi für eine zu Uebertragung des Eigenthums ex titulo emti venditi hinreichende Traditionem vacuæ possessionis zu achten, mithin weder der angemassete Beweis für relevant, noch die aufgeführte Gravamina für erheblich zu halten, daß es daher bey dem Decreto a quo lediglich zu lassen sey, Supplicanten könnten und wollten dann sich annoch durch beygebrachte Cession der den Römermannschen Erben wider die Besitzer der ihnen ohnstreitig eigenthümlich gehörenden $\frac{6}{7}$ der streitigen Wiese competirenden Actionis reivindicatoriæ ad causam legitimiren, worauf alsdenn dem Befinden nach ferner ergienge, was Recht, wie wir denn also hiemit erkennen, bestätigen und vorbehalten, die bisher ergangene Proceß-Kosten aber aus bewegenden Ursachen mit einander compensiren V. R. W.„

(a) GROTIUS *de J. B. & P.* Lib. 2. c. 6. §. 1. BARBEYRAC *ad Grotium d. l.* GUNDLING *Jur. Nat. c.* 20. §. 30. *c.* 24. §. 10. GRIEBNER *Princip. Jur. Nat. Lib.* 4. *c.* 5. §. 3.

(b) DONELLUS *de Jure civili L.* 4. *c.* 19. HUBER *ad Inst. Lib.* 2. *Tit.* 1. §. 53. van ECK *in Th. Jur. Controv.* §. 23. STURM *de vacua possessione ad dominum transferendum non necessaria per tot.*

(c) GRIEBNER *d. l.*

(d) WISSENBACH *ad ff. Disp.* 34. §. 4. SCHACK *de Venditione rei alienæ c.* 3. §. 3.

(e) CUJACIUS *Obs. Lib.* 18. *c.* 31.

LIII. Bedenken.

Mantelkinder sind von der Erbfolge in Lehngüter ausgeschlossen.

Es werden 2. *Feud.* 26. §. *naturales liberi* uneheliche Kinder, wenn sie gleich legitimiret sind, von der Erbfolge in Lehngüter folgendergestalt ausgeschlossen: Naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur. Nicht wenig verstehen jedoch diese Worte von den Legitimatis per Rescriptum Principis, weil 1) das Wort postea anzeigen soll, daß von einer post mortem patris geschehenen Legitimation die Rede sey (a).

Da

Da auch 2) die Päbſtliche Rechte den Legitimatis per ſubſequens matrimonium alle jura legitimorum beylegen, ſo ſcheinen ſie dadurch das Recht der Erbfolge in Lehnen erlangt zu haben, und dieſes theilet ihnen 3) das Schwäbiſche Landrecht c. 378. in Corpore juris germanici publici ac privati Tom. II. alſo ausdrücklich mit: „Hat aber ein Mann eine Frau zu lediglichen Dingen, und hat Kind wenig oder viel, und nympt er ſie darnach zu rechter Ee, was Kind ſy mit einander gehabt habent, do ſy einander zu der Ee namen, do ſeind ſy alle rechte Eekind worden, und erbent eygen und Lehn von Vatter und von Muter und von andern iren Freunden, als die Kind, die ſy darnach gewonent.„

Allein 1) kann das poſtea ſowohl bedeuten poſt nativitatem filii, als poſt mortem patris, und jenes iſt zu vermuthen, weil 2) vor Einführung der fremden Rechte die Teutſche von keiner Legitimation per ſubſequens matrimonium etwas gewuſt, dieſe Rechte aber ſelten angenommen worden, dafern es dem hohen und niedern Adel zum Nachtheil gereichte. Nun iſt bekannt, wie verhaſſet unſern Vorfahren ungleiche Heyrathen geweſen (b). Der mehreſten auſſer der Ehe erzeugten Kinder Mütter, welche ihre Väter beweget haben, ſie zu ehelichen, ſind aber von geringer Ankunft, und ſelbige werden dadurch noch verächtlicher, daß ſie ſich als Concubinen gebrauchen laſſen. Solcher Vettern ſchämten ſich die Lehnleute, und deren Ausſchlieſſung von den Lehnen, machte ſie vielfältig die Erbfolge hoffen. Daher lieſſe man nicht geſchehen, daß alles dasjenige zur Uebung gebracht wurde, was das Päbſtliche Recht denen Legitimatis per ſubſequens matrimonium zu gute verordnet. In England wurde im Jahr 1235. von den Grafen und Baronen behauptet, daß wenn ein ſolchergeſtalt legitimirtes Kind pro legitimo zu halten, dieſes allein auf Statuta eccleſiæ, ordines & dignitates, nicht aber auf weltliche Geſetze und Erbfolgen zu erſtrecken ſey, wie Herr GRUPEN *de Uxore theotiſca* dargethan hat. Eben derſelbe führet allda eine Stelle aus der Gudæiſchen Edition des Sachſenſpiegels an, welche ergiebet, daß ein auſſer der Ehe erzeugtes Kind nur der Mutter Erbe worden, wenn gleich dieſe der Vater nach ſolches Kindes Geburt zur Ehe genommen hat. Die Lehnleute bewegten ihre Herren vielfältig, durch ausdrückliche Geſetze, die ſogenannte Mantelkinder der Lehne für unfähig zu erklären. Es geſchiehet in Churfürſt Moritz von Sachſen Policey-Ordnung *de* 1543. *Tit.* von denen aus der Ritterſchaft, welche Kinder auſſer der Ehe zeugen, und ihr Lehngut auf ſie erben wollen, alſo: „Wiewohl wir denen von der Ritterſchaft oder andern unſern Lehnleuten die Ehe mit den Perſonen, mit welchen ſie vor der Ehe Kinder erzeuget, nicht verbieten, ſo wollen wir doch hinfürter,

auf Ansuchen und Bitte, so mehrmalen durch unsere Landschaft und dem Grossen Ausschuß derselben unterthäniglich vorgewandt, keinen unsern Lehnmann deren Kinder halber anders, denn vor sich und seine ehelich gebohrne Leibes-Lehns-Erben beleihen;„ Auch in der Magdeburgischen Policey-Ordnung *c.* 44. §. 14. folgendergestalt: „Und obwohl wir denen von der Ritterschaft und andern unsern Lehnleuten die Ehe mit denen Personen, mit welchen sie vor der Ehe Kinder erzeuget, nicht verbieten, so sollen doch dieselbe ohne unsere sonderbahre Begnadigung der Succeßion in die altväterliche Lehne nicht fähig, sondern ausgeschlossen seyn, worunter doch die von öffentlich verlobten, aber noch nicht priesterlich copulirten Personen, gezeugten Söhnen nicht zu verstehen.„ Das Chur-Brandenburgische Pommersche Lehn-Recht von 1695. *Tit.* 20. §. 3. in LUNIGS *Corp. Jur. Feud. Germ. Tom. II.* will, daß die per subsequens matrimonium legitimirte nicht lehnsfähig, noch ad successionem feudalem admittiret werden sollen; und Herzog Henrich Julius zu Braunschweig und Lüneburg verordnete 1593: „Die ausser der Ehe erzeugte oder Mantelkinder soll per subsequens matrimonium, oder in andere Wege, (wenn es uns oder andern Lehnsherren, oder den ächt und recht gebohrnen Agnaten und Mitbelehnten oder auch löblichen von unsern Vor-Eltern, Vorfahren, und uns erlangten und confirmirten Privilegien zum Nachtheil geschehen wollte) zu legitimiren, nicht verstattet werden.„ Dieses bestätiget der Gandersheimsche Landtagsabschied von 1601. *art.* 31. also: „Ist der gnädige Landesfürst erbötig, wegen der Mantel- und per subsequens matrimonium legitimirten Kinder über oberwehnte von S. F. G. publicirte Constitution nicht allein zu halten, sondern auch dieselbe Kinder oder einige Spurios zu neuen, sonderlich adelichen Lehnen keinesweges zu verstatten, noch kommen zu lassen.„ Daß ein gleiches Recht in der Chur-Mark Brandenburg eingeführet worden, bezeuget STRYK *de Successione ab intestato Diss. I. c.* 4. §. 21.

3) Hält BAUER *in Diss. de Successione legitimatorum per nuptias exsule in feudis* §. 23 24. nicht ohne Anschein dafür, daß im Schwabenspiegel durch das Wort *Lehn*, unbewegliche Erbgüter verstanden werden. Dem sey aber wie ihm wolle, so ist genug, daß der Schwabenspiegel in Sachsen nimmer gesetzliche Kraft erlanget hat. Solcherwegen sind in Sachen von D. wider von D. im Fürstenthum Grubenhagen, woselbst Herzog Henrich Julii angeführte Verordnungen nicht gelten, einem durch die Ehe legitimirten seines Vaters Lehne von der Königl. Hannöverschen Justiz Canzley 1760. aberkandt, und diesen Spruch hat die Rostockische Juristen-Facultät 1762. bestätiget, mit

Anführ-

Anführung folgender Gründe: „Ob zwar 1) nicht ohne, daß nach Römischen Rechten in allodialibus die Mantel-Kinder ein völliges Succeßions-Recht haben, auch

2) solches nach Canonischen Rechten gegründet ist, und

3) nach diesen Principiis der bekannte Longobardische Text von vielen Rechtslehrern dahin erkläret wird, daß die Mantel-Kinder auch im Lehn ein unstreitiges Succeßions-Recht hätten

Schneider Diss. de Successione legitimatorum in feudis
Rosenthal de Feudis c. 7. Concl. 13.
Finckelthaus Disp. de Controversiis feudalibus Controv. 13.

und wenn auch 4) solches nach der Theorie einigermassen zweifelhaft gehalten werden mögte, dennoch jene Successio bey Feudis mediatis, wenn nicht besondere anderweite Landes-Constitutiones vorhanden, ex usuali interpretatione istius textus, nec non Germaniæ consuetudine mainteniret zu werden pfleget

Reinhart ad Christinæum Tom. VI, Obs. 9.

Kann daher 5) in exemplo eine zutreffende specielle widrige Constitution eben nicht anwendlich gemachet werden, wie Supplicat in seiner num. act. 60. befindlichen Schluß-Schrift selber zugiebet, so folget

6) von selbst, daß des Supplicanten erstes Gravamen einen Anschein der Erheblichkeit für sich habe, bevorab

7) im Lehnbriefe eben nicht der ehelichen, sondern nur in genere der leiblichen Manns-Lehns-Erben gedacht ist; zugeschweigen daß

8) in exemplo kein Feudum majus & nobile verwaltet, und Supplicant sich im Besitz befindet, und daher einzutreten scheinet, quod in dubio pro possessore pronunciandum

Petr. Muller in Diss. de Eo quod justum est in dubio

Gleichergestalt 9) es das Ansehen hat, daß wenn auch die Succeßion dem Supplicanten abgesprochen werden müste, er doch bis zur erfolgten vorigen Urthel als bonæ fidei possessor zu achten, in mehrerem Betracht

10) derselbe per anteriora die wichtigste Momenta für sich gehabt, auch im Besitz vom Gericht mainteniret worden, imgleichen

11) den pedente lite geschlossenen Pacht-Contract bestätiget erhalten.

So scheinbar aber auch alle vorstehende Gründe seyn, halten sie jedoch bey genauerer Prüfung keinen Stich, in mehrerem Betracht, als

12) der Textus 2. feud. 26. gar zu klar ist, und alle legitimatos ohne Unterschied ausschliesset, und

13) dasjenige, was von der Successione allodiali anders geordnet worden, mit Grunde hierauf nicht zu ziehen stehet, immassen

14) solche Rechte zwar auch in feudalibus ihre Anwendung leiden, solches aber nur sodann Statt hat, quatenus sunt causæ, quæ principia communia habent, folglich

15) wenn solches ausser Augen gesetzet wird, eine offenbare Vermengung der Rechte daraus entspringet

de Westphaleo in Comment. de indole Juris Romani in foris Germaniæ

Die Disparatis principiorum nun unter der Allodial- und Lehn-Succession ist

16) nicht undeutlich, wannenhero auch

Herr Jacob Gabriel Wolf in Elem. Jur. Feud. c. 10. §. 9.

ganz recht schreibet: Certum est antequam juris Romani istud inventum cum ipso jure Romano & Pontificio ad Germanos transiit, his omnem plane ignotam fuisse legitimationem ac juri beneficiario omnino adversam, quippe quod naturalium splendorem tanto habuit in pretio, ut ne quidem liberis ex vero sed inæquali conjugio susceptis successionem in feuda permiserit

Add. Bauer in Diss. de Successione legitimatorum per nuptias exsule in feudis

Ist daher gleich

17) von vielen Rechtslehrern ein anderes behauptet, auch daher wohl solche Opinio erronea in Gerichten aus blinder Nachfolgung attendiret worden, so mag dennoch daraus nichts Widriges gefolgert werden, sondern der

L. 39 ff. de Legib.

zernichtet solches alles zur Genüge

add. Steenhof in Diss. de comm. error.

Und

Und da

18) es feſte ſtehet, quod naturalia ſemper ineſſe præſumantur, niſi quatenus expreſſe correcta ſint, ſo erlediget ſich die rat. dub. 1. ſelbſt; gleichergeſtalt

19) die rat. dub. 2. desfalls nichts verfangen kann, daß die Lehns-Geſetze hoc reſpectu inter nobile ſeu ignobile, minus aut majus Feudum keinen Unterſchied machen.

Wie nun ſolchergeſtalt das erſte Gravamen wegfällt, alſo iſt

20) ad 2dum zu erwegen, daß die Maintenirung der Poſſeſſion mit Vorbehalt eines jeden Dritten Rechts geſchehen

Vid. No. Actor. 33.

mithin daraus eben nichts Sachdienliches zu erzwingen, eben ſo wenig als die Folge der Poſſeſſion wegen des confirmirten Pacht-Contracts im Grunde etwas heiſſet. Dieſes vorausgeſetzet hat

21) der Beklagte wenigſtens ſo viel gleich Anfangs gewuſt, daß es mit der Frage von der Succeſſione der Mantel-Kinder ins Lehn zweifelhaft ſey. Es kann dahero

22) keine conſtans opinio, die zur bona fide erfordert wird, grundleglich werden, wozu überdies der ſo fort erhobene Proceß gekommen, und trift das Allegatum Leyſeri hieſelbſt nicht zu. Zu geſchweigen daß

23) in der Hereditatis petitione auch ſogar bonæ fidei poſſeſſor fructus perceptos, quatenus locupletior factus, zu reſtituiren gehalten

Bœhmer in Introd. in Jus dig. Tit. de heredit. petit. §. 9.

Bey ſo ausgefallener Urthel bedurfte es in Abſicht der Formalium keiner nähern Unterſuchung, die ſich ſonſten beſonders bey denen vorgeweſenen Troublen omni caſu würden haben ſalviren laſſen, und die Compenſation der Koſten juſtificiret ſich, da eine quæſtio inter D D. valde controverſa vorhanden, von ſelbſt, A. V. R. W.„

Das Königl. und Chur-Braunſchweigiſche Ober-Appellations-Gericht hat in Sachen von Eſtorf contra von Eſtorf eben alſo erkandt (c), und viele jüngere Rechtslehrer billigen ſolches (d).

(a) SCHNEI-

(a) SCHNEIDER *de Succeſſione Legitimatorum in feudis* c. I. §. 15.

(b) Meiner Neben-Stunden *V.* Theil *XXXVI.* Abhandlung §. 3. 4.

(c) Herr von PUFENDORF Tom. I. Obſ. 90.

(d) ANDLER *Jurisprud.* Lib. II. Tit. 30. n. 15. HORN *Jurisprud. Feud.* c. 15. §. 3. MAJER *S. J. F.* FLEISCHER *Inſtit. Jur. Feud.* c. 7. §. 48. Herr B. von SENCKENBERG *Jur. Feud.* §. 306. Herr HELLFELD *in Elementis Juris Feud.* §. 198.

LIV. Bedenken.

Den Kindern ſtehet nur wegen des von der Mutter und den mütterlichen Vorfahren geerbten Vermögens eine Hypotheca tacita an den Gütern ihres Vaters zu.

Es entſtund die Frage: Ob die Kinder eines Vaters, der mehr Schulden als Güther nachgelaſſen, wegen eines Legati von 600. Rthlr., welches ihnen ihrer Mutter Schweſter Mann vermachet, und der Vater empfangen hatte, eine tacita hypotheca an deſſen Güthern competire, mithin ſie völlig vor andern Chirographariis, oder gleich dieſen pro rata zu vergnügen wären?

Nun halten zwar nicht wenige dafür, daß da der Vater in natürlicher Vormundſchaft ſeiner Kinder, deren Güther verwaltet, ihnen gleich andern unter Vormündern ſtehenden, das Seinige ſtillſchweigend verpfändet ſey, oder wenigſtens die Praxis denenſelben dieſes Vorrecht mittheile. (a). Allein es heiſſet in L. 6. §. 2. de bonis, quæ liberis &c.: Non autem hypothecam filii familias adverſus res patris viventis adhuc, ſeu jam mortui ſperare audeant; welche ihnen daher andere Rechtslehrer verſagen (b), und dieſes muſte um deſtomehr von der Königl. Hannöverſchen Juſtiz Canzley 1767. geſchehen, da die hieſige Richter angewieſen ſind, denen Geſetzen, und den Opinionibus Doctorum gemäs zu erkennen.

Vermöge ſolchen Legis 6. §. 4. ſtehet jedoch, wegen ihres Mütterlichen den Kindern eine Hypothec zu, und dieſe dehnet man nicht ohne Grund auf die res materni generis aus, beſage Rubri des Libri 6. Tit. 60. Cod. wie auch des L. 1. Cod. de Bonis quæ liberis &c. als welcher diejenige Güter den maternis beyzählet, quæ avus, avia, proavus, proavia a linea materna venientes, quocunque

cunque titulo contulerunt. Also aber iſt nicht die Rede von allen mütterlichen Anverwandten, ſondern von den Vorfahren der Mutter, von welchen ſie abſtammete (c). Von ſolchen rührete das Legatum der 600. Rthlr. nicht her. Dieſes war zur Zeit des errichteten Teſtaments nicht mehr in familia, ſondern vermöge eines pacti ſucceſſorii von der Mutter Schweſter auf ihren Ehemann vererbet, welcher es ohne alle Schuldigkeit derſelben Schweſter-Kindern vermachte.

(a) STRYCK *ad Lauterbach* voc. *adventitiorum* MARTINI *ad O. P. S.* Tit. 45. §. 2. num. 27. LUDOVICI *Doctrin. ff. Tit. in quibus cauſis pignus* &c. §. 2. HELLFELD *Jurisprud for.* §. 1088.

(b) WISSENBACH ad L. 6. Cod. *de Bonis, quæ liberis* &c. §. 2. ESBACH *ad Carpzov.* Part. I. Conſt. 28. Def. 113. MULLER *ad Struv* Ex. 26. §. 15. lit. λ. not. 1. HERTIUS Vol. II. Dec. 662. num. 2. BERGER *E. D. F.* Not. 5. LEYSER Spec. 164. Med. 8.

(c) PEREZ *ad Cod.* Lib. 6. Tit. 60. num. 2. BRUNNEMANN ad Leg. 2. Cod. *de Bonis maternis.* HELLFELD *de Diverſo pignoris Jure liberis in parentum bonis competente* §. 17.

LV. Bedenken.

Von der Beſtrafung desjenigen, der mit einem Zaunpfahl jemand einen Schlag gegeben, wovon er geſtorben.

Es hatte Harm Labus 6. bis 7. Schritt in die Länge, und etwa einen Fus breit in des Victors Labus Garten ſeinen Zaun geſetzet, welches jedoch nicht neulich geſchehen. Als ihm ſolches des Victors Sohn Johann Conrad vorgerücket, iſt dadurch eine Schlägerey zwiſchen ihnen veranlaſſet, in welcher Harm Labus, als ihm des Johann Conrads Vater, Mutter, Bruder und Schweſter zu Leibe gewolt, mit einem Zaunpfahl um ſich geſchlagen, und des Victors Frau einen ſolchen Schlag auf den Kopf gegeben, daß ſie zur Erde geſunken, allen Verſtand verlohren, und am fünften Tage geſtorben.

LEYSER *Spec.* 604. *Med.* 8. 9. hält dafür, es ſey nur dasjenige ein tödtliches Gewehr, welches gemachet iſt, um jemand zu tödten oder zu verwunden, und dazu ſind Zaunpfähle nicht gewidmet. Aber dieſe beſondere Meynung verdienet keinen Beyfall. Es kömt nicht darauf an, zu welchem Ende ein Inſtrument

ſtrument verfertiget iſt, ſondern ob gemeiniglich damit jemand pfleget erſchlagen zu werden (a). Ein ſolches iſt ſowohl ein Dreſchflegel als Zaunpfahl (b), bevorab wenn die Verletzungen am Haupt geſchehen (c), und bemerket Herr J. S. BOEHMER *ad Carpzov Qu. 2. Obſ. 2.* daß von den Bauren der Todſchlag ſelten mit andern Inſtrumenten verrichtet wird, welcher daher nach Leyſeri Lehre die Todesſtrafe nimmer verdiente. Anders iſt es beſchaffen mit einem Küchengeſchirr, deſſen Gebrauch bey Schlägereyen den Animum occidendi nicht erweiſet, beſage des L. 1. §. 3. ff. ad L. Corneliam de ſicariis. Weil jedoch der Inquiſit mit dem Zaunpfahl der vielen Leute ſich zu erwehren geſucht, welche ihn anfielen, und von denen er auf das übelſte mishandelt zu werden fürchtete, ſo iſt ſelbiger zu ſeiner Vertheidigung gebrauchet, und ſolchenfalls kann man mit Waffen denjenigen zurückhalten, der uns anfällt (d). Jedoch war ein Exceſſus defenſionis vorhanden, weil der Inquiſit nicht fürchten dürfte, daß man ihn ermorden würde, und deswegen hätte er auch keinen Todtſchlag begehen ſollen, um ſich in Sicherheit zu ſtellen (e). Derſelbe wurde daher, weil er mit einem Zaunpfahl, als einem tödtlichen Inſtrument ſich wider die ihm zu Leibe gehende unbewehrte Leute vertheidiget hatte, und alſo in den Schranken des Moderaminis inculpatæ tutelæ nicht geblieben war, auf 6 Jahr zum Feſtungsbau verdammet.

(a) ICti TUBINGENSES Tom. IV. Conſ. 60. n. 17.

(b) BERGER *Elect. Jurisprud. Crim.* Part. I.

(c) CARPZOV *Prax. Crim.* Qu. 3. num. 20.

(d) LYNCKER Vol. I. Reſp. 135. n. 36. Vol. II. Reſp. 170. n. 59. 60.

(e) CARPZOV *Prax. Crim. Qu.* 30. n. 22. 23. BERGER *d. l.* Part. I. LEYSER Spec. 600. Med. 9.

LVI. Bedenken.

Ob diejenige Zinſen von dem empfangenen Brautſchatz conferiren müſſen, denen kein Verzug beyzumeſſen iſt?

Die mehreſte Rechtslehrer verneinen dieſe Frage, weil in L. 5. §. 1. *ff. de dotis collatione* eine Tochter nur ſchuldig erkandt wird, Zinſe zu entrichten, quæ moram collatione fecit (a). Es iſt jedoch COCCEJUS *in Jur. Controv. Tit. de Dotis collatione* anderer Meynung, und zwar deswegen, weil es 1)

der

der natürlichen Billigkeit zuwider laufe, jemanden den Genuß einer Sache zu gönnen, die ihm nicht gehöret, 2) *in L.* 5. §. 1. *ff. de Dotis collatione* nur ob contingentiam facti der moræ Meldung geschehe; 3) ein Socius, der das gemeinschaftliche Geld zu seinem Vortheil gebrauchet, und ein Procurator, der des Eigenthums Gelder auf Zinse ausgethan, und dieselbe empfangen hat, sie herausgeben muß, mora etiam non interveniente (b); 4) ein Emancipatus von Zeit des Ablebens seines Vaters besage des *L.* 6. *Cod. de Collationibus* zu conferiren schuldig, wegen der Töchter aber eadem ratio fürhanden sey, endlich 5) man die Collation eingeführet habe, um eine Gleichheit unter den Erben zu veranlassen, diese aber keine Statt finde, wenn die Töchter Usuras dotis voraus bekommen.

Allein 1) halte ich mit LAUTERBACH *C.T.P. ff. Tit. Depositi* §. 30. dafür, non iniquum esse, permittente domino, re uti aliena, & nihil pro usu præstare. Wer daher jemand Geld leihet, und sich keine Zinse bedinget, kann solche, bevor er das Capital zurückgefordert hat, nicht begehren, obwohl der Schuldner sein Geld so nützlich angewandt, daß er dadurch bereichert worden. Wenn 2) Papinianus es für einen unerheblichen Umstand gehalten hätte, moram collationi factam esse, so wäre er vermuthlich von ihm übergangen. Vielmehr ist gläublich, daß selbiger voraussetzet, wie keine Zinse zu bezahlen, wenn sie nicht versporchen sind, das Gesetz deren Zahlung erfordert, oder dem Schuldner ein Verzug beygemessen werden mag (c). 3) Hatte in den angeführten Gesetzen weder der Socius, noch der Procurator das Geld mit des Eigenthümers Bewilligung, sondern heimlich gebrauchet, folglich handeln diese Leges von dem gegenwärtigen Fall keinesweges. Ueberdem wird in beiden gesaget, daß die Zinszahlung geschehen müsse, etiam mora non interveniente, welches auszudrücken überflüssig gewesen wäre, wenn gemeiniglich ob solum usum citra moram solches die Rechte erforderten; Daher diese Gesetze die Regul bestärkende Ausnahmen enthalten. 4) Entscheidet der *L.* 6. *Cod. de Collationibus* die Frage nicht: Ob die Zinszahlung von einem Emancipato geschehen müsse, wenn er gleich nicht gemahnet ist? Es will daher BRUNNEMANN *Conf.* 49. *n.* 7. Fructus fundi filio emancipato donatos conferri demum post moram. Endlich 5) ist keine Ungleichheit zu billigen, welche wider der Eltern und Miterben Willen entstanden, wohl aber wenn sie nicht auf die Zinszahlung oder Collation gedrungen. Eine Tochter, welche 10 Jahr ehe als ihre Schwester ausgesteuret worden, und also den Brautschatz viel länger genossen hat, ist deswegen gemeiniglich nicht reicher als die Jüngern, weil die Zinse selten erspahret, sondern zum nöthigen Unterhalt verwandt werden. Sollte sie sich diese bey der Erbtheilung kürzen lassen,

so würde sie ärmer als die jüngern Geschwister, welches der Billigkeit keinesweges gemäß ist. In Sachen Lindemann und Pfister wider Böttchers Ehefrau hat daher der Magistrat alter Stadt Hannover eine Tochter davon frey gesprochen, und Königl. Hannöversche Justitz-Canzley dieses Erkänntniß 1762. bestätiget.

(a) CARPZOV Part. II. Const. 30. Def. 19. VOET *ad ff. Tit. de Collatione* §. 24. LAUTERBACH *de Dotis Collatione* §. 42. SCHILTER Ex. 41. §. 26. LEYSER Spec. 410. Med. 5.

(b) L. 1. §. 1. *ff. de Usuris* L. 10. §. 3. *ff. Mandati.*

(c) LEYSER Sp. 148. Med. 9.

LVII. Bedenken.

Nach geendigter Pacht kann der Verpächter die verpachtete Güther eigenmächtig wieder zu sich nehmen, wenn ihm der bisherige Pächter keinen thätlichen Widerstand thut.

Es verpachtete anno 1756. Johann Melchior von Minnigerode sein adeliches Guth Rotenberg den Gebrüdern Hans Caspar und Hans Henrich Kühnemunde. Nach des Verpächters Tode traten aber seine Söhne am 26sten Febr. 1761., mittelst eines Tausches, besagtes Guth denen von Minnigerode zu Wöllershausen ab. Diese, als Successores singulares, weigerten sich, den eben gemeldeten Pacht-Contract zu erfüllen, liessen durch vier Leute des verstorbenen Hans Caspar Kühnemunde Schwiegersohns, Johann Christoph Stendern Knechten das Land verbieten, sie mit seinen Pferden und Pflügen wegweisen, auch dessen Sachen, Vieh, und Früchte vom adelichen Hofe bringen. Selbiger stellete deswegen bey Königl. Hannöverscher Justitz-Canzley eine Spolien-Klage an, und es schiene ihm zu statten zu kommen, daß, nach einiger Rechtslehrer Meynung, kein Verpächter sich selbst helfen darf, sondern richterliche Hülfe suchen muß, wenn der Pächter verweigert, das gepachtete Guth fahren zu lassen, und seiner Entsetzung widerspricht (a). Zwar findet eine Spolien-Klage nicht Platz, wenn aus den Acten klar erhellet, daß dem Entsetzten an der ihm genommenen Sache kein Recht zustehet (b). An einer solchen Klarheit mangelt es aber, wenn die Entscheidung von zweifelhaften Rechtsfragen abhänget, und lehret LUDOLF Obs. For. 61. esse rem altioris indaginis, ubi per Ictorum dissi-

dentes

dentes opiniones est decertandum. Nun ist bekannt, daß die Rechtslehrer darüber streiten: Ob Kauf, mithin auch ein Tausch vor Miethe gehet?

Allein es sind nicht alle Quæstiones juris altioris indaginis (c), weil manche der Richter ohne Weitläuftigkeit sofort entscheiden kann, und man muß des Ludolfs Lehre auf die Fälle einschränken, wenn es sehr zweifelhaft, wie die richterliche Entscheidung ausfallen mögte. In andern Rechtshändeln können die Meynungen einiger Rechtsgelehrten, welche von den mehresten, mit Anführung guter Gründe, verworfen werden, aus einer liquiden Sachen keine illiquide machen. Daß die Regul: Kauf gehet vor Miethe; in den Römischen und Teutschen Rechten gegründet ist, haben viele hinlänglich dargethan (d), und dieser Meynung pflichten fast alle Rechtslehrer bey (e). Auch diejenige, welche anders gedenken, bezeugen dennoch, daß solche Regel überall in den Teutschen Gerichten angenommen ist. Ein gleiches Recht, wie dem Käufer, stehet demjenigen zu, welcher die verpachtete Sache durch einen Tausch an sich bringet (f). In den Königl. und Chur-Braunschweigischen Gerichten ist meines Wissens niemals anders erkandt. Man veranlassete einen langwierigen vergebenen Rechtsstreit, und schadete beyden Partheyen, wenn zuförderst für den Kläger das Possessorium entschieden, er in das gepachtete Gut wieder eingesetzet, auch ihm alle Fructus percepti & percipiendi samt den Kosten zuerkandt, demnächst aber derselbe in petitorio verurtheilet würde, nicht nur das empfangene zurückzugeben, sondern auch dem Verpächter alle Unkosten zu erstatten, welches geschehen müste, weil er in mala fide ist, massen die Unwissenheit der Rechte denjenigen nicht entschuldiget, der bessern Unterricht erlangen können (g). Daß aber bey uns Kauf vor Miethe gehet, ist leicht in Erfahrung zu bringen, und wenn gleich ein malæ fidei possessor in possessorio obsieget, so muß er doch die genossene Früchte zurückgeben, dafern in petitorio wider ihn erkandt wird (h). Es hindert auch nichts, daß dem Kläger wider seinen Willen die Pacht entzogen worden. Denn nach deren Endschaft kann selbiger, wenn ihm kein Retentions-Recht zustehet, sich über erlittene Gewalt nicht beklagen, obwohl er der gepachteten Sache entsetzet ist (i). Vielmehr halten die Rechte denjenigen, welcher alsdenn nicht weichen will, für einen Spolianten (k), und mag solchenfalls der Verpächter das Seinige eigenmächtig zu sich nehmen, wenn sich der Pächter nicht thätlich widersetzet (l); wie denn auch, wenn von jemanden die Selbsthülfe ausdrücklich bedungen ist, sie nur alsdenn nicht gebrauchet werden darf, dafern der andere Theil solches durch Thathandlungen zu hindern suchet, wie aus dieser Rechtlichen Bedenken *II.* Theils 32. Bedenken erhellet. Solches war in gegenwärtiger Sa-

che nicht geschehen. Des Pächters Leute hatten, als man es ihnen befohlen, die Pflüge selbst aus dem Lande geworfen, und er auf keine Weise zu verhindern gesucht, daß seine Sachen vom Pachthofe gebracht worden. Die Königl. Hannöversche Justiz Canzley erkandte daher 1763. daß Bekl. als Successores singulares den mit Johann Melchior von Minnigerode geschlossenen Pacht-Contract zu erfüllen unverbunden, auch da kein thätlicher Widerstand geschehen, wohl befugt gewesen, das Ihrige zu sich zu nehmen, mithin wurden selbige von angestellter Klage absolviret, jedoch dem Kläger die Interessen-Klage wider des Johann Melchior von Minnigerode Erben vorbehalten.

(a) LEYSER Spec. 219. Med. 2.

(b) LYNCKER Dec. 109. 655. HARPPRECHT *Vol. Nov.* Conf. 20. n. 37.

(c) COCCEJUS Tom. II. Conf. 372. n. 23. BOEHMER Tom. I. Part. II. Resp. 101. n. 15. 16.

(d) ZAUNSCHLIFFER *in Collat. de Sensu vero L.* 9. *Cod. de locato conducto.* GERHARD *de Regulis Juris Germanici* Kauf gehet vor Miethe c. I. §. II. 13. 15. HOHEISEL *Utrum successor singularis expellere possit conductorem* §. 6.

(e) STRYK *U. M. ff. Tit. Locati* §. 30. BERGER *O. J.* Lib. 3. Tit. 5. §. 26. not. I. TITIUS *ad Lauterbach* Obs. 597. COCCEJUS *Jur. Controv. Tit. Locati* Qu. 21. BOEHMER *Introd. in Jur. ff. Tit. Locati* §. 34. 35. LEYSER Spec. 220. Med. 7. HEINNECCIUS *ad ff. Tit. Loc. conduct.* §. 324. Herr AYRER *de Genere actionis adversus conductorem emtori cedere nolentem.* Herr HELLFELD *Jurispr. For.* §. 1061.

(f) RULANT *de Jure expellendi Conductores, quod singularibus successoribus competit* §. 28.

(g) BORN *de Bona fide* c. I. §. 8.

(h) HERTIUS *de Probatione in possessorio & hujus effectu, quantum attinet ad fructus & litis expensas* Sect. 2. §. 20.

(i) ENGAU Part. II. Resp. 68. n. 3.

(k) *L.* 34. *Cod. de Locato conducto* VOET *ad ff. d. t.* §. 32. BOEHMER *de Actionibus* Sect. 2. c. 4. §. 28. c. 8. §. 105.

(l) ZAUNSCHLIFFER d. l. §. 5. WERNHER Part. VII. Obs. 3. n. 31. BOEHMER *de Pœna jus sibi dicentis sine judice* §. 17. AYRER d. l.

LVIII. Bedenken.

Von stillschweigenden Verpachtungen.

Titius verkaufte sein Haus an Cajum. Der es miethweise bewohnende Mevius bliebe noch 7 Monat in selbigem, ohne das mindeste mit dem Käufer zu verabreden, und liesse sich demnächst bewegen, auszuziehen. Er wollte aber dem Cajo keine 7 monathliche Miethe entrichten, weil ihm wegen des nicht erfüllten Pacht-Contracts eine Actio ad interesse zustünde. Cajus belangte ihn darauf Actione locati, und es wurde in Zweifel gezogen, daß selbige einen rechtlichen Grund habe, da 1) zwischen dem Kläger und Beklagten nimmer ein Miethcontract ausdrücklich errichtet worden. Daß aber dieses nicht stillschweigend geschehen könne, hält dafür BACHOV *ad Treutler* Vol. I. Disp. 29. th. 1. lit. C. verb. *vel tacite vel expresse*. Er räumet zwar ein, daß ein Mieth Contract stillschweigend erneuert werden möge, und daß auch eine tacita locatio vorhanden sey, si quis ædes sciente & patiente domino inhabitet, & singulis annis certam pensionem solvat. Aber eine Renovatio contractus war hier nicht geschehen, da der mit Titio geschlossene durch den Verkauf an Cajum seine Endschaft erreichet hatte, massen Kauf vor Miethe gehet. Es fehlte auch an Bezahlung der Miethgelder, mithin war deren Quantität nimmer bestimmet. Der Beklagte wollte 2) nur Retentionis jure, um wegen des nicht erfülleten Pacht-Contracts Schadloshaltung zu erlangen, im Hause geblieben seyn, und solchenfalls ist keine tacita conductio geschehen (a). Auch deren Vermuthung fällt 3) hinweg, wenn der Eigenthümer den Miethsmann ausziehen lässet, ohne sich etwas zu bedingen (b), welches im gegenwärtigen Fall unterblieben.

Allein da 1) so wenig gläublich, daß der Käufer jemand sein Haus umsonst bewohnen lassen wollen, als daß der bisherige Miethsmann solches begehret und geglaubet hat, so ist vielmehr dafür zu halten, daß dieser in der Absicht im Hause geblieben, und der Eigenthümer es verstattet hat, um die bisherige Miethe fortzusetzen. Wegen der Bestimmung des Miethgeldes können Zweifel entstehen, wenn keines vorhin entrichtet worden, nicht aber wenn man weiß, was der Vermiether bisher empfangen, folglich giebet die blosse Bewohnung eines Hauses sattsam zu erkennen, daß sie miethweise geschehen, wenn gleich dem Käufer deswegen noch immer Miethe bezahlet worden, weil sie bisher nicht fällig gewesen, und wird also ein Pacht-Contract nicht nur stillschweigend erneuret, sondern auch mit demjenigen von neuem geschlossen, mit dem der Miethsmann

mann nimmer das mindeste verhandelt hat (c). Die fortgesetzte Bewohnung stehet 2) mit dem Jure retentionis keinesweges zu rechtfertigen. Denn dieses mag gegen den Käufer nicht gebrauchet werden, sondern nur wider den Verkäufer, und wenn es auch der Bekl. ausüben könnte, so müste er dennoch den Vortheil, welchen ihm die Wohnung in 7 Monaten gebracht, dem Eigenthümer vergüten, und also Miethgeld entrichten (d). Zwar gestunde der Kläger, daß er beym Kauf übernommen hatte, sich mit dem Beklagten wegen des Ausziehens einzuverstehen, d. i. mit ihm auszumachen, ob solches geschehen müsse, und was demselben etwan dafür gebühre. Da aber Beklagter gegen Cajum seine Forderung zu liquidiren verweigerte, auch dazu nicht gezwungen werden mogte, so konnte er dem Kläger keinesweges anrechnen, was ihm vielleicht Titius zu entrichten schuldig war, weil jener als Eigenthümer, und nicht Namens des Verkäufers das Miethgeld forderte. Es ist auch 3) derjenige, welchen der Herr des Hauses, ohne sich etwas zu bedingen, ausziehen lassen, zwar nicht verbunden für das künftige bis zur Endschaft der Miethzeit etwas zu entrichten, wohl aber den aus der Bewohnung des Hauses ihm vorhin zugeflossenen Nutzen zu vergüten (e) Die Königl. Hannöversche Justitz Canzley erkandte daher 1763: „Weilen Beklagter in keine Abrede stellet, daß er nach geschehenen Verkauf des Hauses 7 Monat in selbigem gewohnet hat, und dieses nicht anders als miethweise geschehen können, auch da derselbe, was ihm vom Verkäufer zu vergüten seyn mögte, gegen den Kläger zu liquidiren verweigert, dieses solchem keinesweges abgerechnet werden kann, so ist Beklagter die eingeklagte Miethgelder cum usuris a tempore moræ samt den verursachten Proceß-Kosten, nach deren richterlicher Mässigung, dem Kläger zu bezahlen schuldig.„

(a) MEVIUS Part. VI. Dec. 47. n. 7.

(b) WEGE *de Locatione & Conductione* c. 2. n. 29.

(c) BRUNNEMANN *ad L.* 13. *ff. Locati* n. 29. WEGE d. l. n. 5.

(d) MEVIUS Part. IX. Dec. 152.

(e) WEGE d. l. n. 30.

LIX. Bedenken.

Wer ohne Vorbehalt in schlechterer Münze, als woraus das Capital beste-
het, Zinse auch Alimentgelder angenommen, dem gebühret keine bes-
sere, es wäre dann die Annahme währenden Münzverfalls geschehen.

Die Geschwister von Bennigsen begehrten, daß ihr Bruder, der Regierungs-Rath die ihnen gebührende Ablagsgelder mit $\frac{2}{5}$ Stücken verzinsen sollte, und zwar deswegen, weil im Recess von 1736. keine Münzsorte bestimmet war, solchenfalls aber die Zahlung nicht in denen durch die Reichsgesetze verrufenen Pistolen und kleinen Gelde geschehen müsse. Der Bennigser Güter Werth sey bey der Theilung nach dem Leipziger Fuß angeschlagen, und Beklagter hätte sie einen guten Theil geringer überkommen, als damals die Absicht gewesen, wenn er dieselbe in geringhaltiger Münze bezahlte. Die Zinsen als Accessiones folgten aber dem Capital.

Es ist auch 1) in dieser Rechtlichen Bedenken I. Theil 168. Bedenken angemerket, daß die versprochene Münze gemeiniglich in der Güte zu entrichten ist, worin sie sich zur Zeit des Contracts befunden. Man wuste aber 1736. nichts von den schlechten Sorten, womit die Länder nachher überschwemmet worden. 2) Wollen die Chur-Braunschweigische Münz-Ordnungen von 1703. *art.* 4. 1709. und 1725., in den *Landes-Ordnungen Cap. IV. p.* 568. 578. 599., daß niemand schuldig seyn solle, im Handel und Wandel an 2 mgr. und andern kleinen Sorten mehr als den zehenden Theil anzunehmen, und ist 3) die von Beklagten vorgeschützte Observanz, vermöge welcher die Zinsen in geringern Münzsorten zu bezahlen sind, als das Capital unerweislich. Mancher Gläubiger nimmt zwar auf $\frac{2}{3}$ die Zinse in Golde an, wenn der Schuldner ausnehmenden Credit, und jener sein Geld anderwärts sicher unterzubringen keine Gelegenheit hat. Diejenige, von denen das Capital nicht immer ohne Beschwerlichkeit zu erlangen, bezahlen jedoch vielfältig die Zinse mit der Münze, in welcher sie jenes empfangen.

Diesem allen aber stehet entgegen 1) daß die Münz-Ordnung von 1703. in der Absicht gemachet, und nachmals erneuert worden, damit das grobe Geld im Lande bleiben mögte, von welchem sich zu der Zeit eine solche Menge fande, daß man öfters Mühe hatte, dafür kleine Münze zu bekommen. Die Umstände sind aber sehr verändert, nachdem einige Teutsche Fürsten ganz aufgehöret haben, grobes Geld prägen zu lassen, und aus andern Münz-Stet-

ten

ten deſſen gar wenig kömt, daher ſolches ſo ſelten worden, daß die angeführte Münz Ordnungen unmöglich befolget werden können, wie in dieſer Rechtlichen Bedenken II. Theils 21. Bedenken gezeiget iſt. 2) Entſcheidet der *L.* 5. *Cod. de Uſuris* die gegenwärtige Frage deutlich, und ſchreibet hievon NOODT *de Fœnore & Uſuris Lib.* 3. *C.* 16.: Etſi palam non conſenſerit in minores uſuras, tamen ſi per plures annos minores acceperit, cum poſſet majores petere, in minores conſenſiſſe videtur. Neque enim opus eſt, ut pactum conventum videatur, utique palam conſenſum eſſe verbis aut litteris, aut per nuncium, ſed ſi nihil horum ſit, ſufficit conſenſum rebus & factis intelligi. Nun war die Zahlung 1756. 1757. und 1758. in allerley gangbarer Münze geſchehen, und wie dem einen Bruder, Obriſten von Bennigſen 100 Thlr. an gangbarer Münze, und 100 Thlr. an $\frac{2}{3}$ 1757. bezahlet worden, hatte ſolcherwegen deſſen Mandatarius 11 Thlr. Agio zurückgegeben.

Zwar wird hierwider eingewandt 1) es handele der obangeführte *L.* 5. von geringern Zinſen, und nicht von geringern Münz-Sorten. Er ſetzte auch 2) voraus, daß jene freywillig angenommen worden. Dahier aber ſey es aus Noth geſchehen, weil ſogleich kein mehreres zu erlangen geweſen. Endlich 3) wäre jezt von Alimenten die Frage. Allein es iſt 1) ganz einerley, ob man Numero vel ſubſtantia geringere Zinſen annimmt, wie es in des I. Theils 168. Bedenken bereits angemerket worden. Wäre gleich 2) zur Zeit der Zahlung kein Agio zu erlangen geweſen, ſo hätten jedoch Klägere ſich ſolches vorbehalten müſſen, an deſſen Statt ſie ſchlechterdings quitiret haben. Die 1756. geſchehene Zahlung war die erſte, welche der Beklagte nach dem errichteten Receß gethan, und ein Actus unicus erweiſet Obſervantiam interpretativam; wie denn auch zu vermuthen, daß die Klägere anfangs, gleich vielen Gläubigern, ſich mit geringerer Münze vergnügen wollen, da keine grobe ausdrücklich verſchrieben iſt, und 1736. das franzöſiſche Gold und Silber ſowohl in Sachſen, als in den Braunſchw. Lüneburgiſchen Landen gäng und gebe war. Endlich 3) iſt die Frage von Uſuris dotis & portionis filialis, auch wegen der Alimentgelder allenfalls eadem ratio vorhanden, weil, wie Herr F. W. PESTEL *in Fonte errorum de odio uſurarum* §. 18. bemerket hat, der *L.* 5. ſich nicht in der Qualitate odioſa uſurarum gründet. Die Königl. Hannöverſche Juſtiz-Canzley erkandte daher 1761: „daß Imploranten die ſchuldige Zinſen zwar nicht in $\frac{2}{3}$, jedoch in den Münzſorten zu entrichten ſchuldig, worin ſie von den Jahren 1756. 1757. und 1758. bezahlet, und von dem Imploranten ohne alle Reſervation angenommen worden.

Dieſen

Diesen Spruch hat die Helmstädtische Juristen-Facultät 1762. bestätiget, und zwar mit Anführung folgender Gründe: „Obwohl 1) Imploranten und Supplicanten für sich anzuführen vermeynen, daß bekanntesten Rechten nach allemal in zweifelhaften Fällen, und wo bey einer Convention keine gewisse Münz-Sorten bestimmet worden, auf das Tempus contractus zurück, und die dermalen gäng und gebig gewesene Münzen gesehen werden müsse; Hingegen zur Zeit des geschlossenen Erbschafts-Vergleichs ist kein anderer als der Leipziger und Torgauer Fuß nach den dasigen Landesherrlichen Edictis in denen Münzen angenommen gewesen; demnächst 2) sie in den angegebenen 3 Jahren nicht sowohl die schuldige Zinsen, als vielmehr provisorie nur 100. Thlr. und resp. 50. Thlr. Aliment-Gelder abschläglich auf diese Zinsen bezahlt erhalten und angenommen hätten, folglich nicht einmal gesaget werden könnte, daß die völlige Zinse per triennium berichtiget worden, um soweniger als der obangezogene *L.* 5. *Cod. de Usuris* 3) bey gegenwärtiger Sache seine Anwendung fände, da nach obigen weder die erforderte Pluralitas, noch Uniformitas actuum vorhanden sey, bevorab Imploranten vermittelst der Eides-Zuschiebung zu beweisen vermögen, daß sie von des Imploranten Anwald bessere Münz-Sorten vergebens gesuchet hätten, welches ihren desfallsigen Widerspruch sattsam zu Tage lege, wodurch denn ohngezweifelt ihre dieserwegen zustehende Gerechtsame sattsam conserviret, zugleich aber auch das Imputatum, als wenn sie in den drey angezeigten Jahren die rückständige Zinse in damaligen coursirenden Münzsorten ohne einige Reservation bezahlt angenommen, von ihnen genugsam abgelehnet worden: daher 4) weil bekanntesten Rechten nach die Zinse dem Capital gleich zu achten wären, und eadem moneta, in qua fors debetur, gezahlet werden müssen, solches hier um so gewisser Platz ergreife, als die denen Imploranten gebührende Zinse in betracht, daß sie das Capital wegen der damit verknüpften unabsehligen Bedingungen auf ihre Lebenszeit nicht würden heben können, in reditus annuos irredimibiles degenerirten, bey welchen eine längere Zeit und öftere Vorfälle erfordert würden, wenn daraus der Animus remittendi des Creditoris mit Bestand geschlossen werden solle; überhaupt aber 7) von dem Leipziger und Torgauer Fuß abweichende und geringhaltende Münz-Sorten durch öffentliche Landesgesetze verrufen, und sogar neuerlich die Münzen, welche im Jahr 1763. in den herrschaftlichen Cassen angenommen wären, nachhero auf $\frac{1}{3}$ heruntergesetzet worden, auch eben deshalb im Handel und Wandel ihren damaligen äusserlichen Werth verlohren hätten, bey welchem sich geäusserten so ansehnlichen Verlust ohnmöglich ein Consensus auf alle die kommende Jahre zu erzwingen stehe, solchemnach aus obigen es das Ansehen gewinnen will, daß

der Imploranten und jetzigen Supplicanten Petito gemäß reformatorie zu erkennen gewesen.

Dieweil aber dennoch 1) in denen Actis von Imploranten und jetzigen Supplicanten nicht geläugnet werden kann, daß sie in den Jahren 1756. 1757. und 1758., also drey nacheinander folgende Jahre, die auf Abschlag der Zinsen ihnen provisorie zuerkandten Alimentgelder zu 100. und resp. 50. Thlr. in verschiedenen damals coursirenden Münzsorten ohne allen Vorbehalt angenommen haben, ja daß deren Mandatarius besage Protocolli vom 2ten April 1757. sogar im Gericht nicht nur dergleichen gangbare Münzsorten gleichfalls ohne die geringste Reservation angenommen, und noch dazu auf die unter diesen Geldern befindlich gewesene $\frac{2}{3}$ Stücke 11 Thlr. Agio zurück gezahlet, sondern auch aus der unterm 1sten Jun. 1759. ausgestellten eigenhändigen Quittung den Empfang der in Termino den 23. April zwar an den von ihm substituireten Procuratorem Maurer für die Imploranten ausgezahlten 865 Thlr. 16 gr. an $\frac{1}{12}$ und $\frac{1}{6}$ Stücken abermalen ohne Reservation bekennet hat; welche so oft nach einander wiederholte Facta 2) ganz unstreitig eine zur Ertheilung des Consensus hinreichende Pluralitatem & uniformitatem actuum, mithin eine solche tacitam remissionem vel tacitum pactum bewürken,

L. 2. D. de pactis

wodurch Imploranten durchaus behindert werden, nunmehro davon wieder abzugehen, und die Zahlung der ihnen gebührenden Zinsen in $\frac{2}{3}$ Stücken zu verlangen, in nähern Betracht sowohl ad inducendam actionem, als noch mehr ad effectum liberationis ein Triennium für zulänglich zu halten

Arg. L. 1. C. de Fideicommissis

mithin diese der Imploranten geschehene mehr als dreyjährige Zinsnehmung in kleinern Münzen sowohl ob favorem liberationis

L. 47. D. de Obligationibus & actionibus

als propter odium usurarum

Petrus Barbosa ad L. 34. D. soluto matrimonio &c. n. 48.

denenselben nicht nur ratione præteriti, sondern auch futuri dergestalt Ziel und Maaß gesetzet, daß sie nach Vorschrift des

L. 5. Cod. de Usuris

so

so wenig auf die bereits empfangene Zinsgelder Agio, als wenig auf die folgende Jahre die Zahlung der Zinsen in andern als den absque ulla reservatione angenommenen Münz-Sorten mit Bestande Rechtens fordern können; gestalt 3) wenn vermöge des obangezogenen Gesetzes aus der per certos annos geschehenen Annehmung einer geringern als stipulirten oder gewöhnlichen Zinszahlung, welche auch möglicher Weise bey abschläglicher Berichtigung die Zinse geschehen kann, die daher geleitete Remmissio tacita sich auf alle die künftige Jahre erstrecken, mithin der Creditor das plus auf den folgenden ganzen Zinslauf verlieren soll, um so gewisser ob paritatem rationis hier eine solche Remissio tacita in Ansehung der Münz-Sorten Platz greifet, da selbige lediglich auf diejenige Münz Sorten, welche Supplicanten in den Jahren 1756. 1757. und 1758. ohne alle Reservation angenommen haben, restringiret worden, bey diesen nach den alten ausgeprägten Münzen der Betrag des Agio gegen $\frac{2}{3}$ Stücke beständig einerley bleibet, als auch der Verlust so wenig sich in der Folge vergrössern, als wenig behauptet werden kann, daß sothane Münzsorten per Edicta publica gänzlich verrufen worden, anerwogen 4) eines Theils dieses Anführen noch zur Zeit auf einem blossen Vorgeben beruhet, und mit nichts bescheiniget ist, andern Theils auch solchen die Protocolla actor. num. 223. 243. 272. und 299. widerstreiten, nach welchen dergleichen Münz Sorten als gäng und gebe, auch als unverrufene Münzen angesehen sind, und dadurch genugsam bestätiget wird, daß selbige keinesweges im Handel und Wandel in der angegebenen Masse abgewürdiget seyn, sondern wenigstens ihren äusserlichen Werth im Cours behalten haben müssen; zu geschweigen daß Supplicanten nicht einmal den Schlag der von ihnen angenommenen Münz-Sorten genau bestimmet haben, mithin sich in dessen Ermangelung so weniger aus denen den Bennigschen Concurs-Acten beygelegten herrschaftlichen Verordnungen ersehen lässet, ob und wiefern solche Gelder verrufen, oder auf ein Drittheil devalviret worden; solchergestalt 5) nichts bewürket, daß Supplicanten in denen ihnen die erstern Jahre ausgezahlten Geldern blos provisorie zuerkandte Alimentgelder erhalten, dieselbe auch ohnedem erweislicher massen von des Supplicanten Mandatario vergebens bessere Münze gesuchet hätten, in Betracht, daß so viel den erstern Punct betrift, nach Inhalt des Decreti interimistici, den Supplicanten einzig und allein von denen ihnen competirenden Zinsen, deren Zahlung sie erst nach der in der Sententia prioritatis festgesetzten Ordnung abwarten musten, die beeimte Summe der 100. Thlr. und resp. 50. Thlr. zur Alimentation ausgeworfen, jedoch auch dabey ausdrücklich erkandt worden, daß diese ihnen ausser der Ordnung zu zahlende Gelder von den künftig zu erhebenden Zinsen der Supplicanten wiederum abgezogen werden, folg-

lich der Gebrauch sothaner zum voraus erhobener 100. und 50 Thlr. in keine Wege die Qualität der Zinsen, in welcher sie gezahlet seyn, verändern können, wie denn auch Supplicanten eben dadurch, daß sie geständlicher massen von dem Mandatario des Supplicanten Regierungs-Raths von Bennigsen vergebens bessere Münzen gesuchet, und dennoch dabey acquiesciret, sich des ihnen zugestandenen Rechts in $\frac{2}{3}$ zahlen zu lassen, begeben haben, mithin der diesfalls offerirte Beweis per delationem juramenti in alle Wege irrelevant, also auch unzulässig bleibet

arg. L. 13. §. 2. D. de Jurejurando L. fin. D. de Natal. restit. & Dd. ad hanc Legem

Nichts destominder 6) Supplicanten verschiedenes in Actis vor sich haben, welches ihnen bis daher einige Probabilitatem litem prosequendi gegeben hat, weshalb denenselben keine Protractio litis zur Last geleget werden mag, und eben auch dieserwegen die Compensatio expensarum hujus instantiæ eintreten muß.„

Es erhellet jedoch aus dem oben im II. Bedenken §. XI. gesagten, daß die Zahlung in solchen Münzen geschehen müsse, welche im Commercio vollgültig sind.

LX. Bedenken.

Wer von den Umständen einer Sache dergestalt unterrichtet ist, daß er wahrscheinlich beurtheilen kann, ob sie geschehen oder nicht, muß das ihm darüber zugeschobene Juramentum credulitatis schwören.

Titia und ihr Ehemann Mevius hatte dem Cajo eine Obligation über 200 Thlr. ausgestellet, und darin bekannt, daß sie solche Summe von ihm anlehnsweise empfangen. Nach des Mannes Tode läugnete die Frau, daß diese Gelder in ihren Nutzen verwand worden. Der Gläubiger schobe ihr darüber einen Eid zu. Sie aber wollte nur schwören, von ihrem Mann nicht vernommen zu haben, daß er die Gelder zur Bezahlung ihrer väterlichen Schulden angewendet habe. Es wurde darauf erkandt, daß sie zum Juramento ignorantiæ zu lassen sey. Der Gläubiger erwiese aber, wie zu der Zeit als die 200. Thlr. angeliehen worden, eine von der Titiæ Vater gemachte Schuld zu 100. Thlr. getilget, und dem Sempronio wiederbezahlet sey, auch daß Beklagtin damals unvermögend gewesen, dergleichen Summe aus eigenen Mitteln abzuführen.

Es muß nun derjenige, welcher muthmaslich wissen kann, ob etwas geschehen oder nicht, seine Vermuthung auf Erfordern eidlich eröfnen, und den ihm darüber zugeschobenen Eid leisten (a). Nun könnte der Titiæ nicht wohl unbekannt seyn, ob sie und ihr Ehemann im Stande gewesen, den Sempronium aus eigenen Mitteln zu bezahlen, und in dessen Entstehung muste man dafür halten, daß es mit des Caji Gelde geschehen. Die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley erkandte daher 1763: „Weil die Umstände gläublich machen, daß die dem Sempronio bezahlte 100 Thlr. weder von des Mevii noch der Titiæ eigenen Mitteln, sondern von des Caji Darlehn genommen sind, und der Beklagtin nicht unbekannt seyn kann, welchergestalt ihr und ihres Ehemanns Vermögen beschaffen gewesen, so ist selbige eydlich zu erhärten schuldig, wie sie nicht glaube, daß von des Klägers Geld 100 Thlr. zur Befriedigung des Sempronii verwendet worden, auch wie dieselbe wenigstens zweifele, daß die andere 100 Thlr. zu ihrem Besten ausgegeben sind, und ergehet sodann darauf ferner was Rechtens.„

(a) LAUTERBACH *de Juramento Credulitatis* Part. I. §. 18. n. 4. BERGER *E. D. F.* NAEVIUS *de Juramentis* Part. III. C. 12. §. 4. Herr von PUFENDORF Part. II. Obs. 52. REICHELIUS *de Vera juramenti credulitatis natura & indole* §. 8. 10. 12.

LXI. Bedenken.

Ob ein Dienstbote Culpam levissimam prästiren muß, wenn ihn sein Herr ex L. Aquila belanget.

Des Titii Dienstmagd, welche ihres Herrn Pferd zu Tränke geritten, war auf dem Rückwege im vollen Jagen mit demselben dergestalt gestürzet, daß es auf der Stelle tod liegen blieben. Er forderte daher von ihr dessen Bezahlung, und ihm kam zu statten, daß zwey Zeugen aussagten, die Beklagtin habe mit dem Pferde unsinnig gejaget. Dieses war von ihr entweder aus Muthwillen geschehen, oder weil sie das Pferd wegen Mangels der Kräfte nicht bändigen können. In beyden Fällen schiene die Actio L. Aquiliæ gegründet zu seyn. Denn es heisset in §. 8. Inst. de Lege Aquilia: Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed & si *propter infirmitatem* eas retinere non potuerit, cum alius firmior eas retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Niemand muß etwas zu thun unternehmen, wodurch einem andern geschadet werden kann, wenn ihm

die dazu erforderte Kräfte mangeln (a), und COCCEJUS *Jur. Controv. Tit. ad L. Aquiliam Quæſt.* 4. ſamt andern hält dafür, es ſey dem, der einem andern ſchadet, Culpa leviſſima auch in denjenigen Geſchäften zu präſtiren, welche exactiſſimam diligentiam nicht erfordern, wenn er ex L. Aquilia belanget wird. Denn daß dieſe Klage auch alsdenn Platz findet, wenn durch mangelhafte Erfüllung des Contracts einer Schaden leidet, lehret Ulpianus in *L.* 7. §. 8. *ad L. Aquiliam* alſo: Proculus ait, ſi medicus ſervum imperite ſecuerit, vel ex locato, vel ex L. Aquilia actionem competere (b). Es vermeynet auch COCCEJUS d. l. daß wenn es in dem *L.* 3. *pr. Nautæ, caupones &c.* heiſſet: Etiamſi nondum ſint res in navem receptæ, ſed in litore perierint, quas ſemel recepit, periculum ad eum pertinere, ſo erhelle daraus, daß der Nauta ad præſtandam culpam leviſſimam gehalten ſey, und der *L.* 5. §. *fin. ad L. Aquiliam* ſoll auch einen Locatorem operarum dazu verbinden.

Allein mit beſſerm Grunde hält man dafür, daß auch mittelſt der Actionis ex L. Aquilia kein gröſſerer Fleis von einem Menſchen zu fordern ſey, als wozu ihn der Contract verbindet. Denn derjenige beleidiget niemand, welcher alles leiſtet, was er zu thun ſchuldig iſt (c). Eine Dienſtmagd verſpricht aber nur mediam diligentiam, weil von den wenigſten der ausnehmendeſte Fleiß zu erwarten iſt (d). BEYER *ad Inſt. Lib.* 4. *Tit.* 3. *n.* 6. *Lit. b.* ſchreibet hievon: Univerſa doctrina de culpa in contractibus diverſimode præſtanda currueret, ſi v. g. circa rem depoſitam vel venditam ob culpam leviſſimam non quidem depoſiti vel emti, ſed Legis Aquiliæ actio competeret. Solchenfalls handelte derjenige thöricht, welcher nicht jedesmal ex L. Aquilia klagte. Dieſes konnte zwar geſchehen, obwohl jemand aus einem Contract belanget worden, nicht aber, um ihm die Vertheidigung ſchwerer zu machen, ſondern um ſelbigen zu nöthigen, den Werth der verlohrnen Sache dergeſtalt zu bezahlen, quanti plurimi fuerit in eo anno (e). Der *L.* 3. *pr. Nautæ caupones &c.* erfordert keine exactiſſimam diligentiam, wenn er den Exercitorem verbindet, die ihm überlieferte und angenommene Sachen am Ufer bewahren zu laſſen (f). Wer ſolches verſäumet, begehet Culpam latam. Der *L.* 5. §. 3. *ad L. Aquiliam* handelt aber von dem Fall keinesweges, da ex contractu geklaget werden könnte. Vielmehr wird daſelbſt geſaget: An ex locato, dubitat (Julianus) quia levis duntaxat caſtigatio conceſſa eſt docenti, ſed Lege Aquilia poſſe agi, non dubito. Ueberdem iſt es keine Culpa leviſſima, quando ſutor forma calcei cervicem ita percuſſit, ut oculus puero perfunderetur. Daß nun in oberwehntem Fall die Beklagtin aus Muthwillen gejaget, und das Pferd bändigen können, war unerwieſen, auch das Gegentheil

gentheil zu vermuthen (g), und der Kläger nicht auſſer aller Schuld, da er ſeine Magd ein unbändiges Pferd reiten laſſen, obwohl von ihr nicht zu glauben war, daß ſie es gleich einem Kerl im Zaum halten können. Die Actio ex L. Aquilia fällt aber hinweg, wenn dem Kläger gleichfalls einige Schuld beyzumeſſen (h), daher die Königl. Hannöverſche Juſtitz-Canzley 1762. von ihm beſſern Beweis des muthwilligen Jagens forderte.

(a) VINNIUS *ad Inſt.* Lib. IV. Tit. 3. §. 8. BRUNNEMANN *ad L. 8. ad L. Aquiliam* n. 2. NOODT *ad L. Aquiliam* c. 8.

(b) STRUV Ex. 14. §. 20. MULLER *ad Struv d. l. lit. δ.* BOEHMER *Introd. in ff. Tit. ad L. Aquiliam* §. 2.

(c) LAUTERBACH *C. T. P. ff. Tit. ad L. Aquiliam* §. 9.

(d) STRYK *U. M. ff. Tit. ad L. Aquiliam* §. 14. *Ictι* HALLENSES Tom. I. L. I. Conſ. 54. n. 2. Herr v. PUFENDORF *de Culpa* §. 15.

(e) NOODT *d. l.* c. 12.

(f) Dieſer Rechtlichen Bedenken I. Theils 71. Bedenken.

(g) LYNCKER Vol. I. Reſp. 99. n. 97. HARPPRECHT Conſ. 95. n. 281. 283.

(h) LAUTERBACH *d. l.* §. 7. 11. HARPPRECHT Vol. IV. Reſp. 83. n. 379.

LXII. Bedenken.

Ob derjenige, welcher eine Sache zu ſeinem Beſten anleihet, oder zum Vortheil eines andern in Verwahrung nimmt, dieſelbe bey entſtehender Gefahr eher als ſeine eigene, zu retten ſchuldig iſt.

Es heiſſet in *L.* 5. §. 4. *ff. Commodati :* Si incendio vel ruina aliquid contigerit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, niſi forte, cum poſſit res commodatas ſalvas facere, ſuas prætulit. Dieſes verſtehet TITIUS *ad Lauterbach Obſ.* 392. von dem Fall, wenn einer ſowohl die geliehene, als ſeine eigene Sachen retten können, und jene verlohren geben laſſen. Allein Ulpianus wirfet in beſagtem Lege die Frage auf: Ob bey entſtehender Gefahr die geliehene oder eigene Sachen vorzüglich in Sicherheit zu bringen ſind? welche zu erörtern ganz unnöthig iſt, wenn beyde gerettet werden können. Er ſetzet alſo voraus, daß dieſes unthunlich geweſen, und will ſolchenfalls, daß derjenige, welchem

welchem eine Sache zu seinem Besten geliehen worden, aus Dankbarkeit, lieber das Seinige als das Geliehene umkommen lassen soll (a).

Eine andere Bewandtniß hat es mit Sachen, die jemand in Verwahrung genommen. Denn dieses geschiehet zum Besten des Deponentis, und deswegen ist der Depositarius nur Culpam latam zu prästiren schuldig. Es saget zwar Celsus in *L.* 32. *depositi:* Nemo salva fide minorem alienis, quam suis rebus diligentiam præstabit. Aber derjenige, welcher seine in demselben Zimmer befindliche Sachen verlohren geben lässet, um die in Verwahrung genommene entferntere zu retten, wendet keinen gleichen, sondern mehreren Fleiß an, eines andern, dem er zu keiner Dankbarkeit verbunden ist, als sein eigenes Bestes zu befördern, welches niemand anzumuthen (b). Wenn ihm aber die deponirte Sachen sowohl zur Hand stehen, als die seinigen, und er lässet jene verderben, um seine zu retten, so kann man sagen, quod non eandem diligentiam præstitit rebus alienis, quam suis.

Hätte sich auch derselbe freywillig erboten, jemandens Sachen zu verwahren, und also veranlasset, daß es keinem Fleissigern aufgetragen worden, alsdenn muß er Culpam leviſſimam prästiren (c).

(a) MOLINA *de Justitia & Jure* Tr. II. Disp. 296. n. 3. 6. 7. COCCEJUS *jur. controv. Tit. depositi* qu. 12. ZIEGLER *de Commodato* §. 92. WERNHER part. IV. Obs. 214. n. 17. Herr v. PUFENDORF *de Culpa* §. 5. & §. 39.

(b) MANTICA *de tacitis & ambiguis conventionibus* L. 10. Tit. 9. n. 42. COCCEJUS *d. l.*

(c) L. 1. §. 35. *ff. depositi.* FABER *in Rational. ad d. L.* WERNHER *d. l.* n. 27. Herr v. PUFENDORF *d. l.*

LXIII. Bedenken.

Eine Frau kann im Gericht ihren Mann nicht vertreten.

Eine Frau war anstatt ihres Mannes im Gericht erschienen, hatte dessen Rechte vertheidiget, und dem Gegentheil einen Eid referiret. Als solcher abgeschworen wurde, entstund die Frage: Ob nun wider den Mann zu erkennen sey? Der *L.* 4. *Cod. de Procuratoribus*, entscheidet sie folgendergestalt: Quia absente te judicatum dicis, æquum est tibi restitui causæ defensionem. Nec

oberit

oberit tibi, quod uxor tua interfuit judicio, aut etiam acquievit ſententiæ, cum aliena negotia per mulieres non aliter agi poſſint, niſi in rem ſuam & proprium lucrum mandatæ ſint actiones. Zwar vermeynet Herr CARRACH *de Fœmina procuratrice* §. 20 21. 22. von den Römern wären aus ſolchen Urſachen den Weibern dergleichen gerichtliche Handlungen unterſaget, welche bey den Teutſchen nicht Platz fünden. Jene hätten groſſe Geſellſchaften meiden, und ſich nur häuslichen Geſchäften widmen ſollen, daher ſie in andern Sachen unwiſſend, und leicht zu verleiten geweſen, mithin ihnen nicht erlaubet worden, ſich zu verbürgen; ein Procurator aber habe Bürgſchaft leiſten müſſen, und alſo eine Frau kein ſolcher ſeyn können. Die Teutſche Frauen wären hingegen bey den wichtigſten Handlungen der Männer gegenwärtig, mithin deren nicht unkündig geweſen, wie ſie denn noch heutiges Tages Länder regierten, und Gerichte hätten.

Allein die ſtille und ſittſame Lebensart der Römerinnen hatte zu der Kayſer Zeiten ein Ende genommen. Man darf nur die Klagen des SENECA *de Beneficiis Lib.* 3. *C.* 16. und des JUVENALIS *Lib.* 3. *Sat.* VI. leſen, um davon überzeuget zu werden. Die Weiber, von welchen dieſe ſchreiben, waren die liſtigſte, und von den Welthändeln ſo gut, ja beſſer unterrichtet, als die mehreſte Teutſche Frauen. Daß den leztern die Geſetzgeber keine beſondere Klugheit zugetrauet, erhellet daher, daß dieſelbe gleich den Unmündigen, Zeitlebens unter einer Vormundſchaft ſtehen muſten (a). Von gerichtlichen Handlungen ſchlieſſen ſie die *Leges Wiſigothorum Lib.* 2. *Tit.* 3. *Leg.* 6. alſo aus: Fœmina per mandatum cauſam non ſuſcipiat, ſed ſuum proprium negotium in judicio proponere non vetetur. Dem das Sächſiſche Landrecht *Lib.* 2. *Tit.* 63. folgendergeſtalt beypflichtet: „Es mag kein Weib Vorſprecher ſeyn, noch ohne Vormund klagen.„ Zwar wendet Herr CARRACH *d. l.* §. 22. hierwider ein, 1) daß die Wiſigothiſche Rechte viel Römiſches enthielten, und 2) das Sächſiſche Landrecht nicht von Procuratoren, ſondern von Advocaten rede. Allein 1) iſt nicht zu vermuthen, daß das Wiſigothiſche Geſetz aus den Römiſchen genommen iſt, da alle Teutſche Völker die Frauen als Minderjährige angeſehen haben. Die Vertheidigung eines ſtreitenden Theils im Gericht, lieget auch vielmehr 2) den Advocaten, als Procuratoren ob, maſſen leztere nur das ihnen aufgegebene, und nicht was ſie gut zu ſeyn glauben, zum Beſten ihrer Parthey vortragen, mithin keinesweges zu beurtheilen haben: Ob es rathſam, dem Gegner einen Eid zuzuſchieben? welches daher ſelbige ohne beſondere Vollmacht nimmer thun dürfen (b). Wenn Frauens Länder regieren oder Gericht halten, ſo geſchiehet ſolches mit Hülfe und Rath der Mannsperſonen. Die Königl. Han-

növerſche Juſtiz = Canzley hat daher 1760. in Sachen Jäger wider Loth erkandt, daß ein auf der Frauen geſchehene Relationem juramenti geleiſteter Eid dem Mann nicht ſchade.

(a) SCHILTER Ex. XI. §. 9. BEYER *Spec. Jur. Germ.* Lib. 3. C. 4. §. 37. 38. C. 10. §. 14. HEINECCIUS *de marito tutore & curatore uxoris legitimo* cap. 2. §. 3.

(b) L. 17. §. 3. *ff. de Jurejurando* Cap. 4. *de Procuratoribus in* 6to. CARPZOV *in Proc.* Tit. V. Art. 2. n. 48. BRUNNEMANN ad L. 17. *de Jurejurando* n. 6. BOEHMER J. E. P. Lib. I. Tit. 38. §. 10.

LXIV. Bedenken.

Ob ein Flachszehende, der ſeit langen Jahren mit einer gewiſſen Quantität reinen Flachſes entrichtet worden, von den Zehendpflichtigen in natura zu verabfolgen iſt.

§. I.

Die Bauerſchaft Huſtedt, Amts Hoya, wollte nicht geſchehen laſſen, daß der Zehendherr Rendig Meier zu Martfeld den Flachszehenden in natura ziehe, da er ſtatt deſſen von jedem Himten ausgeſäeten Leins bisher nur ein Pfund reinen Flachſes empfangen. Selbiger wurde aber vom Amt in der Poſſeſſion geſchützet, weil er ſich im ruhigen Beſitz der Ziehung des Kornzehendes in natura befande, und als die Zehendpflichtige an die Kön. Hannöverſche Juſtiz-Canzley appellirten, des Amts Erkänntnis von dieſer beſtätiget. In der Supplications-Inſtanz erkandte aber die Gieſſiſche Juriſten Facultät: „Würden Supplicanten den angezogenen unfürdenklichen Beſitz von dem Flachs keinen Zug-Zehenden zu geſtatten, ſondern von jedem Himten ausgeſäeten Leins nur ein Pfund rein Flachs zu geben, rechtlicher Gebühr erweiſen, ſo ergehet dieſerwegen was Rechtens.„ Der Zehendherr ließ dieſe Urthel rechtskräftig werden, und forderte den in derſelben zugelaſſenen Beweiß. Als aber die Zehendpflichtige darthun wollten, daß ſeit undenklichen Jahren von jedem Himten ausgeſäeten Flachſes ein Pfund rein Flachs gegeben worden, wendete er ein, es ſey ſolches unzulänglich, der Kläger Forderung zu begründen, und müſſe erwieſen werden, daß ſie dem Zehendherrn nicht geſtatten wollen, den Flachszehenden in natura zu ziehen.

§. II.

§. II.

Die Christliche Geistlichkeit forderte vor Alters in Teutschland den Zehenden von allen Feldfrüchten in natura, gleichwie ihn in der jüdischen Republic die Leviten genossen hatten (a). Wird also statt derselben ein Gewisses an reinem Korn oder Flachs geliefert, so hat die Clerisey entweder ihr Recht verpachtet, oder es erblich verliehen. Das erste ist derselben am wenigsten nachtheilig, und deßwegen gewinnet es das Ansehen, als sey solches im Zweifel zu vermuthen (b). Die Teutsche haben jedoch bey Annehmung des Christenthums nicht überall ihre Zehendpflichtigkeit den Geistlichen eingeräumet, und daher rühren viele zehendfreye Güter, welche die Zehendherrn anerkennen, und einen guten Theil desjenigen, so sie forderten, fahren lassen müssen, um das übrige zu erlangen (c). Mancher hat sich daher auch mit einem leidlichen Sackzehenden vergnüget, weil der Zugzehende nicht zu behaupten stunde. Oeconomische Umstände rathen es überdem vielfältig an, gewisse geringere Aufkünfte ungewissen grössern vorzuziehen, welches zu so vielen Erbenzinsgütern Anlaß gegeben, und ist nicht abzusehen, warum die Zehenden weniger, als die Meyergefälle für Erbleihen zu halten seyn sollten, wenn von undenklichen Jahren, und zu eben der Zeit die Abgiften ungesteigert verblieben, da fast überall die Pachtgelder erhöhet worden. Deswegen hat das Königl. und Chur-Braunschw. Ober-Appellations-Gericht erkandt, daß wenn der Zehende seit undenklichen Jahren nicht in natura gezogen, sondern eine jährliche gewisse Quantität reines Korn entrichtet worden, es dabey verbleiben müsse, dafern der Zehendherr nicht erweiset, daß der Zehende seiner ursprünglichen Beschaffenheit nach kein Zugzehende, folglich den Zehendpflichtigen nur auf gewisse Jahre verheuret sey (d), und obwohl BOEHMER *Inst. Jur. Canon. Lib.* 3. *Tit.* 30. §. 9. dafür hält, ubi debentur decimæ in æstimatione, quæ vocantur der Sackzehende, id aliter concipi non posse quam locatione & conductione interveniente, ut resignatio semper integra sit, so schreibet er dennoch *Tom. III. Part. I. Dec.* 60. *n.* 7. 8. 9., daß der Modus decimandi absonderlich von der Gewohnheit und antiquissima observantia dependiret, und gleichwie non usu diuturno die Zehenden gar verlohren gehen können, also nothwendig folge, daß sie auch secundum quid per non usum antiquissimum gemindert werden mögen. Seine obangeführte Regel leidet daher einen Abfall, wenn die immemorialis præscriptio den Zehendpflichtigen zu statten kömt.

(a) Meiner Neben-Stunden V. Theils 35. Abhandlung §. 1.

(b) MEVIUS Part. VIII. V. III. Dec. 66. HERTIUS Vol. II. Dec. 260. Herr Geheimte Rath REINHARD in den juristischen und historischen Ausführungen Part. I.

(c) Meine Neben-Stunden d. l. §. 4. BOEHMER *Inst. Jur. Canon.* Lib. 3. Tit. 30. §. 10.

(d) Herr v. PUFENDORF Tom. I. Obs. 111. Tom. II. Obs. 137. Tom. III. Obs. 132.

§. III.

Diese Lehre hat die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley in keinen Zweifel gezogen, sondern nur dafür gehalten, sie finde des besondern Umstandes halber, daß zu Hustedt geständig der ganze Zehende ausser dem Flachs, in natura gezogen wird, allhier keine Anwendung, und zwar mit dem Herrn Cammergerichts-Assessor B. von CRAMER in den Wezlarischen Nebenstunden *P. V.*, woselbst er bemerket, „daß wenn der Rott- und Blutzehende in natura gezogen wird, solches ein Indicium clarissimum sey, daß der Fruchtzehende, welcher gleicher Natur, saltem nulla diversitatis demonstrata ratione, kein Sackzehende ist.„ Diese Vermuthung muß so viel mehr Platz finden, wenn der ganze Kornzehende in natura gezogen wird, und nur der Flachszehende, als ein geringer Theil desselben, den Zehendpflichtigen gegen Entrichtung eines gewissen an reinem Flachs verblieben. Obangeführtem nach ist zu vermuthen, daß die Zehenden ursprünglich Zugzehenden gewesen, und da die Zehendpflichtige alle andere Feldfrüchte in natura verabfolgen lassen musten, so konnten sie wegen des Flachszehenden keine Ausnahme von der Regul machen, noch den Zehendherrn öconomische Ursachen bewegen, einen immer daurenden Modum decimandi einzuführen, der so vielen Misbrauch und Betriegereyen unterworfen ist.

§. IV.

Jedoch diese Frage forderte keine weitere Erörterung, nachdem die Giessische Urthel rechtskräftig worden. Es entstund aber über deren Verstand ein neuer Streit. Der Zehendherr hinge sich an die Worte der Urthel, daß die Zehendpflichtige erweisen sollten, von unfürdenklichen Jahren keine Ziehung des Flachszehendes gestattet zu haben, und vermeynte der blosse non usus schützte dieselbe nicht, sondern es müsse eine Petitio & ulterior denegatio, und denn folglich die Cessatio per immemoriale tempus erwiesen werden.

Wenn die Frage de præscriptione ordinaria wäre, so liesse sich dieses hören. Aber die immemorialis hat 1) vim privilegii & tituli (a), und wirket die Vermuthung, daß dasjenige, so von uralten Zeiten geschehen, aus einem Vertrage herrühret. Da auch 2) besage der Rationum decidendi das Giessische

Urthel

Urthel sich auf die Erkänntnisse des Königl. und Chur-Braunschweigischen Ober-Appellations-Gerichts und Boehmeri Lehre gründet, jene aber Anima sententiæ sind, woraus dieselbe zu erklären (b), und dann solche Erkenntnisse und Lehre keine Denegationem erfordern, als deren es nicht bedarf, da ein Contractus emphyteuticus zu vermuthen, so wurde nur die probatio non usus per immemoriale tempus erfordert, welcher ergiebet, daß keine Ziehung des Flachszehendens in natura gestattet worden.

(a) BARTHEL Opuscul. T. II. Opuscul. VII. Sect. 3. §. 4. Assert. 5. 6.

(b) COCCEJUS *Jur. Controv. Tit. de Re judicata* Qu. 8.

LXV. Bedenken.

Der Juden Ehesachen sind von dem ordentlichen weltlichen Richter, jedoch nach ihren angenommenen Deutungen des Mosaischen Gesetzes zu entscheiden, sofern ihnen erlaubet wird, solches zu befolgen.

Eine Jüdin Leitzgen Kersten belangte den Lazarus Herz, einen Juden, weil er sie geschwängert hatte, und gründete sich im Mosaischen Gesetz, vermöge dessen der Stuprator die Geschwächte zur Ehe nehmen muß, wenn es ihr Vater begehret.

Es entstund also 1) die Frage: Ob nicht die Sache an den Rabbiner zu verweisen sey, weil vermöge des Königl. Privilegii vom 8ten Jul. 1737. Art. 4. die Fälle, welche ihrer Natur nach zu dem Ceremonial-Gesetz des jüdischen Gottesdienstes gehörig, von ihm zu entscheiden sind? Weil aber die Ehegesetze, welche Gott den Juden gegeben, nicht ceremoniales, sondern morales oder forenles sind, so redet das Privilegium von selbigen nicht. Man betrachtet ihre Ehen als bürgerliche Verträge (a), und das Ausschreiben der Königl. Regierung vom 10ten Mart. 1738. in den Calenbergischen Landes-Ordnungen *Cap. IV. n.* 171. setzet als ausgemacht voraus, daß die Juden in Ehe-Sachen nach den Gesetzen des Landes, in welchem sie wohnen, und den Schutz geniessen, sich zu richten schuldig sind.

2) Heisset es im 2. B. Mos. *c. XXII. v.* 16. 1.: Wenn jemand eine Jungfrau beredet, die noch nicht vertrauet ist, und beschläfet sie, der soll ihr geben ihre Morgengabe, und sie zum Weibe haben. Weigert sich aber ihr Vater, sie ihm zu geben, soll er Geld dar wägen, wie viel einer Jung-

frau zur Morgengabe gebühret. Das duc aut dota ist also im Mosaischen Gesetz nicht gegründet. Die jüdische Gelehrte sind aber anderer Meynung, und halten dafür, die Geschwächte könne nur eine Genugthuung mit Gelde fordern (b). Wenn ein Rabbiner die Sache zu entscheiden hätte, so würde er solchemnach nicht anders erkennen. Dergleichen jüdische Rechtshändel sind aber ihren Lehrsätzen gemäs zu schlichten (d), sofern sie nicht willkührliche Ehescheidungen und Ehen erlauben, welche bey den Christen verboten sind. Müssen die Juden sich nach den Ehegesetzen des hiesigen Landes richten, so lieget dem Stupratori nur ob, die Geschwächte zu ehelichen, oder ihr einen Brautschatz zu geben.

(a) BOEHMER *J. E. P.* Lib. 5. Tit. 6. §. 43. KAYSER *de Autonomia Judæorum* §. 44.

(b) GROTIUS ad Exod. C. 22. v. 16. BOEHMER d. l. Tit. 16. §. 2. 3. BECK *de Juribus Judæorum* c. 7. §. 17.

(c) BOEHMER d. l. §. 3.

(d) FISCHER *de Statu & Jurisdictione Judæorum* §. 88.

LXVI. Bedenken.

Zwischen Christen und Juden können äussergerichtlich verbindliche Contracte geschlossen werden.

Der Jud Levi Benjamin wollte behaupten, daß er mit dem Fleischhauer Groß aus Coesfeld 1761. und 1762. in Compagnie gehandelt, und sie gemeinschaftlich bey der im Felde gestandenen Armee Victualien verkaufet hätten, womit sehr vieles gewonnen wäre. Er forderte deswegen eine Abrechnung, und die Herausgabe seines Antheils. Der Beklagte wendete aber ein, daß zwischen Christen und Juden kein Societäts-Contract aussergerichtlich geschlossen werden könne. Es ist auch allerdings im Reichs-Abschied von 1551. §. 79. folgendes verordnet: „Die Juden sollen keine Verschreibung oder Obligation vor jemands anders denn der Obrigkeit, darunter der contrahirende Christ gesessen, aufrichten, und da sie diesem entgegen einige Verschreibung aufrichten lassen, so soll dieselbe kraftlos und unbündig seyn, und kein Richter darauf erkennen.„ Zwar hat die Tübingische Juristen-Facultät dafür gehalten, es sey Causa finalis, & impulsiva dieses Reichsgesetzes die Behinderung wucherlicher Contracte. Wo also kein Betrug und wucherliche Bosheit sich äussere, allda finde solches seine Anwendung

wendung nicht (a). Allein durch das Verbot hat man die Gelegenheit zum Betrug abschneiden wollen. Sehr wohl lehret BERGER *O. J. Lib.* 2. *Tit.* 4. §. 48. *not.* 1. : „Es folget nicht alsobald, quod, ratione legis cessante, ilico cesset ejus dispositio, quando Lex non tantum disponit super actu, sed etiam super eo, per quod potest ad illum actum deveniri. Um betriegliche Contracte zu entkräften, bedarf es keiner Reichs-Constitution, und dazu sind die gemeine Rechte hinreichend. Gesezt auch, es wäre ein Contract dergestalt beschaffen, daß dadurch den Christen nicht zu nahe geschehen können, so ist doch der Reichsabschied zu befolgen, weil die Gesetzgeber durch dasjenige, so öfters geschiehet, beweget werden, gewisse Handlungen zu erfordern, die auch alsdenn nicht ausser Acht zu lassen sind, wenn es in einem besondern Fall deren nicht bedürfte, weil sonst die gröste Ungewißheit der Rechte entstehen würde (b). Wenn gleich daher z. E. ein Minderjähriger klüger wäre, als viele alte Leute, und seine Güter wohl verwalten könnte, so ist doch der Contract nichtig, wodurch er sich ohne seines Vormundes Genehmhaltung verbindlich gemachet hat. Man möchte auch einwenden, daß der Reichsabschied an den wenigsten Orten zur Uebung kommen, oder doch nach der Hand abgeschaffet sey. Aber verschiedene Landesherren haben ihren Obrigkeiten befohlen darüber zu halten (c), und viele Rechtsgelehrte von keinem widrigen Herkommen etwas wissen wollen (d), auch hat das Kayserl. Cammergericht 1741. erkandt, daß oftgedachter Reichsabschied von Personis illustribus nicht zu verstehen sey (e), mithin dessen Gültigkeit vorausgesetzet.

Ein Gesetz wird aber billig für abgeschaffet gehalten, wenn der Gesetzgeber es nicht geahndet hat, daß demselben seit vielen Jahren zuwider gehandelt worden, und über Verträge, als gültige, halten lassen, die solches entkräftet (f). Dieses ist wenigstens in den Chur-Braunschweigischen Landen geschehen, und den Juden zu demjenigen verholfen, so ihnen vermöge aussergerichtlicher Contracte gebühret (g). Auch das Kayserl. Cammergericht hat 1730. die Meynung angenommen, daß der Reichsabschied bey Privatis niemals zur Observanz kommen sey, und 1762. die zwischen einem Christen und Juden errichtete Societät für verbindlich erkandt (h). Des beklagten Fleischhauers Einwendung wurde daher verworfen, und wenn dieselbe auch Grund gehabt hätte, so konnte sie ihn doch von der Restitution desjenigen, so der Jude in die Societät gebracht, nicht befreyen.

(a) Herr B. von CRAMER Tom. II. Obs. 776.

(b) HUBERI *Auspica domestica.*

(c)

(c) BECK *de Juribus Judæorum* c. 12. §. 2. Herr BROKES Obſ. 439.

(d) BERGER O. J Lib. III. Tit. 4. §. 1. not. 3. Tit. 5. §. 5. not. 2. WERNHER Part. IV. Obſ. 99. n. 3.

(e) Herr B. von CRAMER Wetzlariſcher Beyträge Part. II.

(f) VOET *ad ff. tit. de Legibus* §. 41. TITIUS *Jur. Priv.* Lib. I. c. 7. §. 22. KEMMERICH *de Probatione Conſuetudinis & Obſervantiæ* Sect. 2. §. 12.

(g) Herr von PUFENDORF Tom. III. Obſ. 54.

(h) Herr B. von CRAMER in den Wetzlariſchen Neben-Stunden Part. XXIX. und Tom. II. Obſ. 776.

LXVII. Bedenken.

Wiefern einem Juden das Zeugnis ſeines Glaubensgenoſſens zu ſtatten kömmt.

§. 1.

Der Fleiſchhauer Groß ſtellete in Abrede, daß der Jude Levi Benjamin ſein Compagnon geweſen, und gab ihn für ſeinen Knecht aus, den er gelohnet habe.

Dieſer ließ viele Zeugen, ſowohl Chriſten als Juden eydlich abhören, um das Gegentheil darzuthun. Die mehreſte bezeugten zwar, daß er mit dem Groß Marketender-Waaren verkaufet habe. Sie wuſten aber nicht, ob ſolches von ihm als Compagnon, oder als Knecht geſchehen. Nur ein Jude bezeugte, daß er aus des Beklagten Munde, auch von deſſen Frau und Magd gehöret habe, daß Groß mit dem Kläger in Compagnie und gemeinſchaftlichen Handel getreten, mithin zwey Steinfurtiſche Juden, daß jener geſaget habe, er ſey dem Levi Benjamin nicht mehr als 5. bis 600. Thlr. Polniſch Geld ſchuldig, und wolle zu Coesfeld mit ihm abrechnen. Solchergeſtalt entſtund die Frage, ob der Jude den Erfüllungs-Eyd, oder der Chriſt den Reinigungs-Eyd ſchwören müſſe? Nun hat zwar das Kayſerliche Cammergericht 1760. ein Erkänntniß des Hamburgiſchen Magiſtrats beſtätiget, vermöge deſſen ein Jude wider einen Chriſten zum Zeugniß gelaſſen worden, weil der Vermuthung des von einem Juden bey Ablegung eines Zeugniſſes gegen einen Chriſten zu begehenden Meineydes durch die vorgeſchriebene Form eines Juden-Eydes abgeholfen, und deswegen

dieſes

dieſes nicht das erſtemal ſey, daß in dergleichen Fällen jüdiſche Zeugen admittiret worden (a). Die Chur-Braunſchweigiſche Eydes-Formul iſt aber vielleicht ſo vorſichtig gefaſſet, als die Hamburgiſche, und überdem beſtärkten im gegenwärtigen Fall chriſtliche Zeugniſſe die jüdiſche einigermaſſen (b), weil ein Chriſt ausgeſaget, der Kläger und Beklagte hätten einen Marketender-Wagen zuſammen gehabt.

Es iſt jedoch *in L.* 21. *Cod. de Hæreticis* verſehen, contra orthodoxos his, qui Judaicam ſuperſtitionem colunt, non eſſe in teſtimonia communionem; daher denn die Juden nur als Teſtes adminiculantes über die Artickel zugelaſſen werden, worüber Chriſten als Zeugen vorgeſchlagen ſind (c). Jener Zeugen reichen alſo nicht hin, um einen Juden zum Erfüllungs-Eyde zu laſſen, ſondern dazu wird eine Probatio ſemiplena major erfordert (d). An dieſer fehlte es in gegenwärtigem Fall. Denn nur ein Jude bezeugte, von Beklagten, ſeiner Frau und Magd gehöret zu haben, daß zwiſchen Groß und Klägern ein Societäts-Contract verabredet worden. Die Steinfurtſche Juden deponirten zwar, daß Groß geſtanden, dem Juden etwas ſchuldig zu ſeyn. Daß aber dieſe Schuld aus einer gemeinſchaftlichen Handlung herrühre, war ihnen unbekannt. Wenn auch gleich die auf dem Wagen befindliche Sachen dem Kläger und Beklagten gehöret haben, ſo folget doch hieraus nicht, daß ſie ihnen gemeinſchaftlich zugeſtanden, weil ein jeder das Seinige darauf geladen haben kann. Es iſt daher von Königl. Hannöverſcher Juſtiz-Canzley 1765. erkandt: „Würde Beklagter ſich mittelſt Eydes reinigen, und ſchwören, daß er mit dem Kläger in keine Handlungs-Compagnie getreten, und mit ihm nicht gemeinſchaftlich gehandelt habe, ſondern dieſer demſelben als Knecht gedienet, und dafür gelohnet worden, ſo iſt er von angeſtellter Klage zu entbinden, und der verhängte Arreſt aufzuheben.

(a) Herr B. von CRAMER Tom. II. Obſ. 568.

(b) Herr von PUFENDORF Tom. I. Obſ. 109.

(c) Id. ibid.

(d) ZIEGLER *de Juribus Judæorum* C. 5. §. 12. 13. HARPPRECHT Conſ. 70. num. 370. WERNHER Tom. I. Part. III. Obſ. 176. Herr von PUFENDORF Tom. I. Obſ. 110.

§. XII.

In der Leidersdorffſchen Concurs-Sache erwieſe des Cridarii Wittwe mit dem Zeugniß einer Chriſtin und verſchiedener Juden, daß ſie ihrem Ehe-

mann 5000 Thlr. Brautschatz und eine Aussteuer zugebracht hatte. Weil aber nicht nur die Illatio dotis, sondern auch die zu dessen Versicherung constituirte Hypothek einen Beweis erforderte, als wozu der Juden von überschwornen Zeugen unterschriebene Documenta nicht hinreichen (a), die Christin aber davon nichts wuste, so wurde 1765. erkandt: „Würde Liquidantin mittelst Eydes erhalten, und also in Supplementum schwören, daß ihr Vater, Land-Rabbiner Oppenheimer, derselben Ehemann Leidersdorf 5000. Thlr. in Pistolen zum Brautschatz mitgegeben, und ihr solcherwegen vor dem Rabbiner eine Hypothek bestellet hat, so ist dieselbe aus des Cridarii Vermögen vor dessen jüngern hypothekarischen und mit keinem Vorzugsrecht versehenen Gläubigern zu vergnügen.„

(a) Herr von PUFENDORF Tom. I. Obs. 96. §. 2.

LXVIII. Bedenken.

Den jüdischen Weibern stehet im Concurs kein Vorzugs-Recht gleich den christlichen zu.

In der *Nov.* 109. *c.* 2. verordnet der Kayser, daß die Privilegia, welche er den Weibern gegeben, nur denjenigen angedeihen sollen, quæ adorandam fidem tenent Catholicæ & Apostolicæ ecclesiæ. Dieses schränken nicht wenige auf die Ketzer ein, mit welchen es nach des Kayfers Intention eine andere Bewandnis, als mit den Juden habe, weil sie den Fidem Catholicam verlassen, und es nicht so schlimm sey, Viam Dei non agnoscere, quam post agnitam retroire (a). Es liesse sich solches behaupten, wenn die Novella nur diejenigen von den weiblichen Vorrechten ausschlösse, welche selbst die rechtgläubige Kirche verlassen haben. Sonder Zweifel aber handelt sie auch von ihren Kindern, die gewiß nicht tadelnswürdiger sind, als der Juden Kinder. Der Kayser hält dafür, eas quæ se separant a Dei muneribus, & a sacra communione alienas faciunt, omni privilegio ex suis constitutionibus eis dato privandas esse, worunter sowohl die jüdische, als die christliche ketzerische Weiber begriffen sind. Diese Meynung billiget nicht nur das Königl. und Chur Braunschw. Ober-Appellations-Gericht (b), sondern auch das Kayserliche Cammergericht (c), und ist in der Wittwe Leidersdorf Sache von der Königl. Hannöverschen Justitz-Canzley also erkandt, wie aus dem LXVII. Bedenken §. 2. erhellet.

(a) Herr B. von CRAMER Tom. III. Obs. 951. ZIEGLER *de Juribus Judæorum* c. 5. §. 18. BECK *de Juribus Judæorum* c. 7. §. 22. 25. seq.

Herr

Herr B. von SENCKENBERG *de Juribus ac privilegiis dotium illatorumque in concurſu creditorum, in ſpecie quoad mulieres Judæas* FISCHER *de ſtatu & Jurisdictione Judæorum* §. 38.

(b) Herr von PUFENDORF Tom. I. Obſ. 208.

(c) Herr B. von CRAMER in den Wetzlariſchen Neben-Stunden Part. III.

LXIX. Bedenken.

Ob ein Dienſtbote, den ſeine Krankheit behindert, die ſchuldigen Dienſte zu leiſten, den völligen Lohn zu fordern berechtiget iſt?

Einen Dienſtboten, welcher mit der Gicht befallen, ſchafte ſein Herr ab, nachdem er mit ihm 6 Wochen Geduld gehabt, und wollte demſelben nur bis dahin Koſt und Lohn reichen, welches dieſer vom ganzen halben Jahr forderte, und deswegen eine gerichtliche Klage erhobe.

Nun hält LEYSER *Spec.* 212. *Med.* 5. dafür, daß ein ſolcher Abzug weder der Billigkeit, noch den geſchriebenen Geſetzen gemäs ſey, welcher Meynung ich nicht beypflichten kann. Der Lohn iſt jedesmal unter der Bedingung verſprochen, daß dagegen gewiſſe Dienſte geleiſtet werden ſollen. Behindert den Diener eine Krankheit, ſolche zu thun, ſo fällt das Verſprechen des Herrn, nach dem Recht der Natur, hinweg (a). Zu demjenigen, was die Tugend der Menſchenliebe und Barmherzigkeit erfordern, kann der Richter niemand zwingen (b). Nicht ſelten beſchweret es auch den Herrn mehr doppelten Lohn zu geben, als dem Dienſtboten deſſen auf einige Zeit zu entbehren. Mancher Bürger und Bauer, dem es ſauer fällt, ſeinen Lebensunterhalt zu erwerben, kann eines Knechts oder einer Magd nicht entrathen, aber keine zwey ernähren, da hingegen die kranke Dienſtboten vielfältig von ihren Eltern eben ſo leicht erhalten werden können, welche mehr verpflichtet ſind, ſich ihrer anzunehmen, als der Brodherr.

Es heiſſet *in L.* 15. §. 6. *Locati*: Cum quidam nave amiſſa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, reſcriptum eſt ab Antonino Auguſto, non immerito procuratorem Cæſaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non ſit. Quod in omnibus perſonis ſimiliter obſervandum eſt: Zwar vermeynet Leyſer, es ſey hier nicht die Rede de Locatione operarum ſed rerum, nemlich eines Schifs. Allein man kann ſo wenig ohne den Schiffer als

das Schif zu Wasser reisen, und etwas versenden. Der Lex handelt zugleich von der Locatione operarum & rerum (c), wie denn einem Schiffer und Fuhrmann der Verlust des Fuhrlohns oft eben so wehe thut, als dem Dienstboten, wenn er zur Unzeit abgeschaffet wird.

Nicht besser sind Leyseri übrige Einwürfe gegründet. Den ersten enthalten folgende Worte des *L.* 4. §. 5. *ff. de Statu liberis:* Servire nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus ægros, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur. Daselbst wird aber nicht von gemietheten Dienstboten, sondern von Römischen leibeigenen Knechten gehandelt. Einem solchen hatte der Herr unter der Bedingung die Freyheit geschenket, wenn er seinen Erben noch ein Jahr dienen würde, und der Jctus hält dafür, es sey die Bedingung erfüllet, wenn der Knecht gerne dienen wollen, aber wegen seiner Krankheit es nicht zu thun vermogt. Die Interpretatio extensiva, welche einem im Testament Freygelassenen zu statten kömt (d), erkläret aber den Contractum locationis nicht, den ein Herr mit seinen Dienstboten errichtet hat. Zwischen den Römern und ihren Knechten konnte darüber kein Streit entstehen, ob sie dieselbe währender Krankheit zu ernähren hätten, weil solches nothwendig geschehen muste, da die Knechte nichts Eigenes hatten.

Es vermeynet zweytens Leyser seine Meynung mit dem *L.* 38. *ff. Locati* zu bestärken, welcher will, eum qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debere, si per eum non stetit, quo minus operas præstet. Wenn aber solches von dem Fall zu verstehen, si operas præstare non potuit, so ist dieser Lex mit dem L. 15. §. 6. Locati nicht zu vereinbahren, noch mit dem L. 24. ff. de Conditionibus & demonstrationibus, welcher also lautet: Jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem impleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset; da denn ausdrücklich erfordert wird, daß derjenige, dem der Dienst zu leisten war, Schuld daran ist, daß solches unterblieben (e).

Nicht stärker ist drittens der Beweis, den Leyser aus dem Jure Canonico nimmt, welches in Cap. I. de Clerico ægrotante will, daß einem kranken Geistlichen die Fructus beneficii nicht entzogen werden sollen. Die ausserordentliche Vorrechte, welche selbiges der Geistlichkeit beyleget, sind aber keinesweges auf andere auszudehnen, noch die Wohlthaten, welche geistlichen und weltlichen Bedienten die reichen Kirchen und grosse Herren angedeihen lassen, allen und jeden Bedienten nach dem strengen Recht zuzubilligen.

Einer

Einer nicht lange daurenden Krankheit halber das Lohn zu mindern ist hart, und läufet dem *L.* 27. *ff. Locati* zuwider (f). Eine andere Beschaffenheit hat es, wenn eine Krankheit, wie die Gicht, von langer Dauer zu seyn pfleget. Der Kläger gab vor, daß er zur Zeit der Wegschaffung vermögend gewesen zu dienen. Dieses wurde ihm zu erweisen auferleget.

(a) COCCEJUS *ad Grotium de J. B. & P.* Lib. 2. c. 12. §. 18. WOLF *Jur. Nat.* Part. IV. §. 1262.

(b) TITIUS *ad Lauterbach* Obs. 603.

(c) FABER *in Rational.* ad L. 10. §. 1. *ad L. Rhodiam de jactu* Lit. d.

(d) L. 2. *ff. de Manumissis testamento.* HORN *de Interpretatione juridica* c. 3. §. 17.

(e) FABER d. l. ad L. 15. §. 6. *Locati* STRYK *de Cautelis contractuum Sect.* 2. *cap.* 9. §. 3.

(f) VOET *ad ff. Tit. Locati* §. 27.

LXX. Bedenken.

Vom Juden-Schutz.

§. I.

Die Juden hielte man vor Alters in Teutschland für leibeigene Leute (a), und des Kaysers Cammer-Knechte. König Richard verfügte 1262.: Ut Judæi in Hagenove Camere nostre servi tantum, & per nostras patentes litteras serviant, nec ab aliquo, quicunque fuerit, ad indebita & inconsueta servicia compellantur (b); und Kayser Ludewig IV. schriebe 1346: „Wenn wir und das Reich das Recht haben, daß niemand, es sey wer es sey, uns unser Juden- und Kammer-Knecht, die uns also für pflichtig worden, soll vorbehalten (c).„ Die Kayser liessen deswegen von den Juden Steuren beytreiben. Es heisset in JOVII *Chronico Schwarzburgico.* „Montags nach Palmarum (1432.) kam ein Kayserlicher Commissarius gen Erfurt, von wegen Kayserlicher Majestät eine Steuer von den Juden in diesen Landen, und also in der Grafschaft Schwartzburg beyzutreiben. Der muste aber gleichwohl gegen Graf Heinrichen reversiren, daß solches ihm an seinen Privilegien, Ehren, Würden, Freyheiten und Briefen unpräjudicirlich seyn soll; „auch: „Eben zu der Zeit ließ höchstgedachter

Kayſer Siegmund die Steuer und gebührlichen Tribut (als den dritten Pfennig) fordern und einſammlen, von allen Juden in Thüringen, Heſſen, Meiſſen und Sachſen, wie inſonderheit auch von denen, ſo unter Graf Heinrichen von Schwartzburg zu Arnſtadt, Blankenburg, Rudolſtadt, Plau und Kelbra geſeſſen, und dann von Abraham Juden zu Northauſen, welchen Tribut Graf Heinrich einbringen müſſen.„ Es forderte auch im XV. Jahrhundert Kayſer Friederich eine Juden-Steuer, wie Herr GRASCHOF *de Originibus Civitatis Mulhuſæ* alſo meldet: Poſtea imperante Friderico IV. Imp. Auguſto per Commiſſarios Cæſaris a Judæis Mulhuſæ degentibus tributum poſtulatum eſt. Reſpondit magiſtratus, ex conceſſis privilegiis & immunitatibus Judæorum tributa ad Civitatem pertinere. At commiſſarii ob hanc recuſationem civitatem banno imperiali feriebant; Sed ea ab hac ſententia ad judicem quemcunque ſuperiorem competentem appellavit. Wie inſonderheit Kayſer Maximilian I. das Kayſerliche Steuer Recht der Judenſchaft in Uebung gebracht, erweiſet der Herr Cammergerichts-Aſſeſſor von HARPPRECHT im Staats-Archiv des Kayſerlichen Cammergerichts *Part. III.* Von ſolcher Steuer ſind einige Reichsſtände durch Privilegien befreyet, und geſchahe es in dem 1209. zwiſchen Kayſer Otto IV. und Ertz-Biſchof Siegfried zu Maynz errichteten Vertrag alſo: Judæos civitatum ſuarum (Archiepiſcopi) & homines cenſuimus ex parte imperii cujuslibet petitionis expertes (d).

(a) MENCKEN *Script. Rer Germ.* Tom. III. FISCHER *de Statu & Jurisdictione Judæorum* §. 43. ſeq.

(b) Herr SCHOEPFLIN *Alſatiæ Illuſtratæ* Tom. II.

(c) Herr B. von SENCKENBERG *Select. jur. & Hiſtor.* Tom. VI.

(d) GUDENI *Codex Diplom.* Tom. I.

§. II.

Man findet jedoch, daß in den mittlern Zeiten, auch vor Verfaſſung der güldenen Bulle, Fürſten und Herren Juden gehabt, und von ihnen Steuren beygetrieben. Im Jahr 1261. ſchätzte Ertz Biſchof Rupertus die Juden zu Magdeburg um 100000. Mck. Silbers, und als ihm ſolches zu Halle der daſige Rath nicht geſtatten wollte, belagerte er die Stadt, und zwang ſie, ihn nach ſeinem Gefallen mit den Juden verfahren zu laſſen (a); wie denn ſelbige lediglich von dem Ertz-Biſchof abhingen, unter deſſelben als des Landesherrn beſondern

Schutz

Schutz stunden, von ihm Schutzbriefe erhielten, und den Erzbischöflichen Schultheissen zum Richter hatten (a). Im Jahr 1297. verordneten Marggraf Otto und Conrad von Brandenburg, ut Judæi communi jure civitatis Stendale gaudeant, & a Consulibus tanquam Burgenses eorum proprii teneantur, & quod nullus Judæus dictam civitatem Stendale inhabitet, & jure simili pociatur, nisi substantia suarum rerum se extendat ad summam 10. marcarum (c). In einer Quedlinburgischen Urkunde von 1300. schreibet die Abbatissin Bertradis: Judæos etiam, si qui in dictam Civitatem se receperint ad manendum, potestati & dominio nostro reservamus, idem jus in eisdem Judæis habiture, quod in Judæis habemus antique civitatis (d). Und Marggraf Ludewig zu Brandenburg 1351. „Ock günne wi usen Ratmannen tu Stendal Joden nemen mögen tu beschermene und tu verdedingen lick andern usen Borgeren, wan si wellen, und dat en schal us an usen rechten Renten, wie alle jar von den Joden plegen tu hebben, nicht hindern (e). „ In den Privilegien, welche die Grafen der Stadt Oldenburg 1365. ertheilet haben, heisset es: Ock scholden wy heven und verdedigen de Jöden (f); und Landgraf Wilhelm von Hessen verordnete 1416., daß alle Juden in seinen Landen, gleich den Thüringischen, unter Meister Hellern, Juden zu Erfurt stehen, und ihm, so viel die Jüdische Rechte betrift, gehorsam seyn sollen (g) Es schreibet P. FEFFINGER *Vitriar. Illustr. Tom. III.* und KOEHLER in der Teutschen Reichs-Historie, die erste Kayserliche Concession, des juris recipiendi Judæos, welche ihnen zu Gesicht kommen, sey von Kayser Albrecht I. 1301. ertheilet, die sich in LUNIGS *Spicilegio Seculari Part. II. in supplem.* findet. Aber dieser Brief enthält eine blosse Verpfändung dreyer Juden, quousque aut Rex succedens illi in imperio, voluerit eosdem tres Judæos redimere pro centum quinquaginta marcis denariorum Colonienf. tribus Hallensibus pro denario computandis, quos tunc idem Comes Sylvestris ad loca potest & debet reducere sub suo conductu, de quibus illi Judæi venerunt. Dergleichen Veräusserungen sind aber bereits zu vielältern Zeiten geschehen, und die Reichsstände des Juris recipiendi Judæos theilhaftig worden (h). Zu neuern Zeiten findet man solche Concessionen häufiger. Herr SCHOEPFLIN *Alsatiæ Illustratæ Tom.* II. meldet, 1308. Henricum VII. Imp. Judæos Rubeaci & Sultze, qui juris Cæsarei fuerant, Episcopo Argent. Johanni donasse Kayser Ludewig IV. verpfändete 1330. Heinrichen, Otten und Heinrichen Pfaltz-Grafen bey Rhein und Herzogen in Bayern die Juden zu Regensburg (i), und erlaubte 1335. Gottfried von Eppinstein in der Stadt und uf der Burge zu Steinheim zehen gesessen Juden zu haben, und in syme dale und Burge zu Hohenberg auch zehin, und sal die haben und niessen als wöhnlichen ist, als lange bis an unser wiederrufen (k). Eben dieser Kayser verpfändete

1338.

1338. der Stadt Colmar omnes Judæorum opes, pro quater mille libris denariorum, quas ipſe a civitate acceperat (l). Noch 1467. ſchenkte Kayſer Friederich die Juden-Schulen zu Halle und Erfurt dem Nicolaus Pflug, mit welchem ſich der Rath zu Halle verglich, ihm eine geringe Summe Geldes gab, und dagegen die Abtretung ſeines Rechts erlangte (m). Da ſo viele andere Reichsſtände das Recht in ihren Ländern Juden zu halten vor Abfaſſung der güldenen Bulle gehabt, ſo abſehe ich die Wahrſcheinlichkeit nicht, welche den H. v. OLENSCHLAEGER in der Erläuterung der güldenen Bulle §. 54. zu glauben veranlaſſet, daß dieſes ein eigenes Recht der ſogenannten alten Ertz-Fürſten geweſen, ſondern ich halte vielmehr dafür, es ſey aus Kayſerl. Conceßionen herzuleiten, maſſen nicht zu reimen ſtehet, daß die Juden Kayſerliche und zugleich nicht privilegirter Reichs-Stände Cammer-Knechte geweſen. Der Churfürſt zu Maynz hätte den in ſeine Städten befindlichen Juden keine Exemtion von den Reichs-Steuren bedingen dürfen, wenn deren Erhebung ein eigenes Recht der Erzfürſten geweſen wäre.

(a) DREIHAUPTS Beſchreibung des zum Herzogthum Magdeburg gehörigen Saal-Creyſes Part. I, & Part. II.

(b) Ibid. Part. II.

(c) BEKMANNS Hiſtoriſche Beſchreibung der Chur und Mark Brandenburg Part. V. Lib. I. C. 2.

(d) Herr von ERATH *Cod. Diplom. Quedlinburg.*

(e) Herr GERCKEN *Diplomataria veteris Marchiæ Brandenburgenſis* Tom. I.

(f) MENCKEN *Rer. Germ.* Tom. I.

(g) LUDEWIG *in Reliq. MSS.* Tom. X.

(h) FISCHER *de Statu & Jurisdictione Judæorum* §. 44. 47.

(i) OEFELII *Rerum Boicarum Scriptores* Tom. II.

(k) Herr B. von SENCKENBERG *in Select. Jur. & Hiſt.* Tom. I.

(l) Herr SCHOEPFLIN *d. l.* Tom. II.

(m) DREIHAUPT *d. l.* Part. II.

§. III.

§. III.

In der güldenen Bulle *C.* 9. §. 2. wird das Recht, Juden zu haben, den Churfürsten mitgetheilet, in der Augspurgischen Reformation guter Policey von 1548. *Tit* 20. aber verordnet, daß führohin niemand Juden anzunehmen, oder zu halten, gestattet werden solle, dann denjenigen, die vom Kayser und dem heiligen Reich Regalia haben, oder insonderheit derhalben privilegiret sind, welches die Policey-Ordnung von 1577. *Tit.* 20. wiederholet. Es wurde solchemnach der Juden-Schutz ein Recht aller Reichsstände, welches ehemals ein Vorrecht der Churfürsten und der damit privilegirten gewesen. Als auf dem Reichstag 1634. in Vorschlag gebracht wurde, zum Unterhalt des Kayserlichen Cammergerichts eine Judensteuer zu bestimmen, votirte Oesterreich: „Vermöge der güldenen Bulle würde 1) dieses Regal den Herrn Churfürsten anheim gestellet 2) Habe alle Landesfürstl. Obrigkeit im Reich dergleichen Jura collectandi auf denen in ihren Territoriis gesessenen Juden, entweder ex privilegio, oder ex usu hergebracht, und derentwegen mögte ein jeder ihm nicht gern diesfalls etwas aufdringen lassen, so zu Schmälerung dero Jurium ausschlagen mögte (a).„

(a) MEYERN *Acta Comitialia Ratisbonensia* Part. II.

§. IV.

Vielfältig ist der Juden-Schutz gänzlich oder zum Theil mittelbaren Ständen gegönnet. Wie Marggraf Otto zu Brandenburg solchen der Stadt Stendal 1360. verstattet, ist im §. II. dargethan.

Im XIV. Jahrhundert überließ Erzbischof Albrecht IV. zu Magdeburg dem Rath zu Halle die Juden, und verbande sich zugleich, wenn der Kayser an dieselbe Anspruch machte, ihn derselben zu benehmen (a). In Churfürst Ernst zu Cölln und Bischofen zu Hildesheim, als Probsten des Stifts St. Mauritii vor Hildesheim Capitulation heisset es: „Dieweil denn auch der Herr Probst pro tempore und Capitul dieses Bergfleckens merum & mixtum imperium, auch concurrentem Jurisdictionem exerciren und haben, so sollen Ihre Churfürstl. Gnaden oder deren Commissarien oder Beamten, ohne des Capitels Vorwissen und Bewilligung, er sey Christ oder Jude, niemand geleiten, auf- und annehmen, hausen oder herbergen vermöge aufgerichteter alter Verträge. Auch dieweil hiebevoren zu etzlichen Jahren die Juden vom Probst und Capitul in Schutz genommen, wenn solche Jahre verflossen, daß ohne des Capitels

Vorwissen und Vollbort ihnen kein Schutz länger versprochen und zugesaget werden soll (c).„ Der Landesherr erkandte demnach, daß dem Stift der Juden-Schutz zustunde. Wie solchen die Stadt Hildesheim bisher behauptet hat, erhellet aus der *Assertione libertatis pro Civitate Hildesiensi*, und daß er auch sonst von Vogtey-Herren und Municipal-Städten ertheilet worden, bemerket HEINECCIUS Resp. 4. n. 42. 43.

(a) DREIHAUPT *d. l.* Part. I. & Part. II.

(b) *Jura insignis collegiatæ S. Mauritii.*

§. V.

Die ältere Exempel sind von den Zeiten, als die Landeshoheit noch nicht zur Vollenkommenheit gediehen war. Damals ist den Landsassen manches eingeräumet, welches ihnen demnächst zu gönnen, die Wohlfahrt des Staats nicht erlaubet hat. Diesen kann die übermässige Menge der Juden zu grossem Nachtheil gereichen. Dem Recht, solchen abzuwenden, und die schädliche Juden wegzuschaffen, hat sich der Landesherr nicht begeben, indem er seinem Adel und Städten die Ertheilung der Schutzbriefe von undenklichen Jahren verstattet hat (a). Ich lasse dieses gelten, wenn die Landesherrliche Verordnung das gemeine Beste zum Endzweck hat. Eben so ist es mit andern Regalien beschaffen, deren Misbrauch die höchste Landesobrigkeit jedesmal behindern kann. Gleichwie sie aber solchen ohngeachtet durch Concessionen erlanget werden mögen, mithin denjenigen zu gönnen sind, die sie von undenklichen Jahren hergebracht haben, so absehe ich nicht, warum das Recht den Juden Schutzbriefe zu geben, und die Judensteuer zu erheben, nicht auf gleiche Weise einem Landsassen mitgetheilet werden könne (b), massen der Misbrauch dieser Befugniß viel leichter zu verhindern, als der hohen und niedern Gerichte, der Aemter und Gilden Anordnung, des Rechts, den Schoß zu erheben ꝛc. auch in keinem Reichsgesetz solche Mittheilung verboten, noch erfordert worden, daß diejenige, so mit der Landeshoheit nicht versehen, vom Kayser privilegiret seyn müssen, wenn sie den Juden-Schutz behaupten wollen, welches um destoweniger zu vermuthen, da, wie im §. IV. dargethan ist, Fürsten und Herren vor 1548. ihre Unterthanen dieses Rechts nicht selten theilhaftig gemachet haben, auch solches nach der Zeit geschehen.

(a) Herr Hofrath AYRER *de Jure recipiendi Judæos* C. I. §. 2. Herr von PUFENDORF Tom. II. Obs. I. §. 23.

(b) HERTIUS Vol. I. Resp. 10. n. 12. HEINECCIUS Resp. 4. n. 41.

§. VI.

§. VI.

Kann aber ein Landsaß, der den Juden-Schutz hergebracht hat, die Erbauung einer Synagoge, oder deren Verlegung von einem Ort zum andern erlauben? In dem *L.* 19. §. 1. *Cod. de Judæis & cælicolis* heisset es: Illud etiam pari consideratione rationis arguentes præcipimus, ne qua Judaica Synagoga in novam fabricam surgat, fulciendi veteres permissa licentia; und in *Cap.* 7. *X. de Judæis:* Judæos de novo construere Synagogas, ubi non habuerunt, pati non debes. Verum si antiquæ corruerint, vel ruinam minantur, ut eas reædificent, potest æquanimiter tolerari: non autem, ut eas exaltent, aut ampliores, aut pretiosores faciant, quam antea fuisse noscuntur: qui utique hic pro magno debent habere, quod in veteribus Synagogis & suis observantiis tolerantur. Die Erbauung einer solchen Juden-Schule wird gemeiniglich von der Landesobrigkeit erlaubet (a). Es vermeynet jedoch ZIEGLER *de Juribus Judæorum c.* 3. §. 4. die Aufnahme der Juden führe diese Erlaubnis stillschweigend mit sich, quia Judæus sine Synagoga non potest esse Judæus, & posito antecedente, necessario ponendum est consequens; welchemnach dergleichen Concession eine Wirkung des juris recipiendi Judæos wäre. Denn daß der Bau nicht zum Pracht, sondern nur zur Nothwendigkeit geschehe, können auch die Unterobrigkeiten verfügen. Das Stift St. Mauritii, wovon im §. IV. Meldung geschehen, hatte 1582. darin gewilliget, daß die Juden ein Haus an sich gebracht, um ihre Schule darin zu haben, die Zeit über, und so lange sich des Capituls ihnen gegebener Schutz-Brief erstrecket. Da auch in dem angeführten *Cap.* 7. *X. de Judæis* den Juden erlaubet wird, antiquas Synagogas, si corruerint, reædificare, so sind sie ob identitatem rationis nicht zu behindern, die Schule von einem Ort an den andern, und von einem Hause in das andere zu verlegen, als welches ohne allen Nachtheil der christlichen Religion geschiehet.

(a) VITRIARIUS *Inst. Jur. Publ.* Lib. 3. Tit. 17. §. 85. BECK *de Juribus Judæorum* c. 10. §. 4. HEINECCIUS Resp. 4. n. 41.

LXXI. Bedenken.

Von eines Mannes an seiner Ehefrau durch den Wurf mit einer Barte verübten Todtschlage, und der sehr unterschiedenen Meynungen der Richter, was in diesem Fall zu erkennen sey?

§. I.

Johann Jürgen Sparenbergs Ehefrau war an einer Verletzung am Haupt gestorben, und er bekannte, daß er sie mit einer Barte geworfen habe. Schützte aber vor, seine Absicht sey nicht gewesen, dieselbe zu treffen, sondern vorbey zu werfen, und ihr nur Furcht einzujagen. Die Königl. Hannöversche Justitz Canzley konnte durch Mehrheit der Stimmen nicht entscheiden, was wider den Inquisiten zu erkennen sey. Fünf Glieder derselben verdammten ihn zum Tode, weil die Barte ein tödtliches Instrument ist, und der Inquisit die bösen Folgen seiner That wissen können, mithin es auf dessen Absicht nicht ankomme (a). Drey Räthe hielten dafür, es könne die Verletzung durch keinen Wurf, sondern nur durch einen Hieb geschehen seyn, und weil solches der Inquisit läugnete, so wäre er darüber peinlich zu befragen. Einer vermeynte, man müsse den Inquisiten auf Lebenszeit in die Karre schicken, weil derjenige, so durch einen solchen Wurf jemanden das Leben nimmt, der selten tödtlich ist, Pœna extraordinaria zu bestrafen wäre (b). Endlich gieng ein Votum dahin, daß der Inquisit die Todesstrafe verdienet habe, jedoch auf dessen Königliche Begnadigung anzutragen sey.

(a) PUFENDORF *in Proc. Crim.* c. 25. §. 47. BOEHMER Tom. II. Resp. 1165. n 7.

(b) CARPZOV *Prax. Crim.* Qu. 3. n. 50. ESBACH *ad Carpz.* Part. IV. Const. 7. Def. 8. BERGER *Elect. Jurisprud. crim.* Part. I.

§. II.

Von zehen Richtern erkandten also fünf dem Inquisiten schlechterdings das Schwerd zu, und die übrige fünfe äusserten drey verschiedene Meynungen. Welchergestalt in solchen Fällen das Conclusum zu fassen, ist zweifelhaften Rechtens. Es lehret CUJACIUS Observ. Lib. 12. c. 16.: Si tres capite puniant, duo pecunia, duo exilio, gravior pœna, quæ capite punit, cum sit potior numero, duabus singulis magis obtinere debet. Weil aber ein Urtheil die majora

Collegii

Collegii erfordert, und diese in der Königl. Justitz-Canzley fünf Stimmen nicht machten, so fehlte es in gegenwärtigem Fall daran. Andere, und insonderheit COCCEJUS *de Eo quod justum est circa numerum suffragiorum* Sect. 3. § 3. und HERTIUS Lib. 3. Paroem. 8. §. 5. halten dafür, si plures condemnantes in genere pœnæ dissentiant, jungendos eos esse, qui proprius idem sentiunt. HUBER *ad ff. Tit. de rejudicata* §. 18. schreibet hievon: Sex e duodecim volebant fustigari & stigmate inuri, quinque fustigari tantum, unus eum torqueri. Hic cum fustigantibus est conjunctus, & ita sex mitiores prævaluere sex severioribus. Aber die gemeinere Meynung gehet dahin, daß wenn ein jeder bey seiner Meynung verharret, keine derjenigen, so ihr am nächsten ist, selbiger beyzufügen sey, um die Mehrheit herauszubringen, sondern daß man dem Landesherrn von der Sache Bericht erstatten, und dessen Verfügung erwarten müsse, ob die Acten zu verschicken, oder noch einige Personen dem Gericht beyzufügen, oder andern die Entscheidung aufzugeben sey (a). Dieses geschahe auch in gegenwärtigem Fall, und wurde Transmissio actorum beliebet.

(a) GROTIUS *de J. B. & P.* lib. 2. c. 5. §. 19. HEINECCIUS *ad Grotium* d. l. §. 19. PUFENDORF *de J. N. & G.* Lib. 7. c. 5. §. 18. ZIEGLER Dicastic. Concl. 42. §. 21. 22. VITRIARIUS *Instit. Jur. Nat.* libr. 2. c. 5. §. 30. MULLER *de Jure partis majoris* §. 21. 22. HORN *de Paribus sententiis judicum & arbitrorum* §. 12. Herr B. von CRAMER *in Opusculis* Tom. II.

§. III.

Man schickte die Acten an die Juristenfacultät zu Jena. Diese vermeynte, es komme darauf an, ob der Inquisit die Absicht gehabt, seine Frau mit der Barte zu treffen, und liesse ihn zum Reinigungs-Eide, wie aus folgender Urthel, und deren Rationibus erhellet: „Auf summarische und Artickelsweise geschehene Vernehmung, auch übergebene Vertheidigungs-Schrift des Inquisiten Johann Jürgen Sparenbergs zu Altenhagen erkennen Königl. Grosbritt. zur Churfürstl. Braunschw. Lüneb. Justitz-Canzley verordnete Director und Räthe zu Hannover auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht: Daß vermeldter Inquisit, nach vorhergebender scharfen Verwarnung für dem Meineide und dessen schweren Strafe, wozu auch ein Geistlicher zu gebrauchen, sich vermittelst Eides zu reinigen, und daß als von ihm am 10. Jenner dieses Jahrs die Barte in den Winkel, wo sein Eheweib gesessen, geschmissen worden, er die Absicht, selbige zu treffen, nicht gehabt, und sein Fürgeben, als ob er nur

die Barte vor seinem Eheweibe vorbeywerfen, und ihr dadurch eine Furcht einjagen wollen, nicht falsch und erdichtet sey, zu schwören schuldig. Er thue nun solches oder nicht, so ergehet in dieser Inquisitions-Sache allenthalben ferner was Recht ist. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe: Obwohl Inquisit 1) in seiner auf den 16. und 17. Inquisitional-Articul gestellten Antwort zwar, wasmassen zu der Zeit, da er die Barte in den Winkel, wo sein Eheweib gesessen, geschmissen, der Aerger, den er auf sein Eheweib gehabt, schon wieder etwas vorbey gewesen sey, und er bey dem Werfen mit der Barte lediglich die Absicht, ihr eine Furcht einzujagen, geheget habe: gleichwohl aber 2) dieses Anführen blos auf seinem Sagen beruhet, und folgbar dadurch 3) der wider ihn entstandene Verdacht, daß er sein Eheweib mit der Barte treffen wollen, nicht entkräftet wird; bevorab da 4) diese aus der That selbst erwachsene Vermuthung dadurch, daß er eines Theils anfänglich sein Eheweib mit der Barte geworfen zu haben, nicht auf sich kommen lassen wollen, sondern sowohl mit dem Vorgeben, daß sie in die Barte gefallen sey, als auch mit noch andern Fürwendungen sich zu behelfen gesuchet, nachhero aber das Werfen mit der Barte in den Winkel, wo sein Eheweib gesessen, nicht in Abrede zu stellen vermogt, mithin in seinen Aussagen variiret, andern Theils auch aus dem Gefängnis die Flucht ergriffen hat, noch einigen Zusatz erhält; solchergestalt 5) da er dieses ihm angeschuldigte Vorhaben läugnet, zuförderst ein Mittel, dadurch die Wahrheit von ihm herausgebracht werden kann, vorzukehren ist; und dann 6) ein Todschlag, den ein Mann an seinem Eheweibe verübet, mit harter Todesstrafe vermöge der peinlichen Halsgerichts-Ordnung Art. 137. geahndet werden soll; mithin daß 7) wider den Inquisiten ein dem ihm angeschuldigten Verbrechen proportionirtes Forschungsmittel, und also eine Peinlichkeit zu gebrauchen sey, es das Ansehen gewinnet; diesemnach 8) daß nicht auf den Reinigungs-Eid zu sehen sey, dafür gehalten werden mögte.

Dennoch aber und dieweil I. der Bauermeister Dreyer und der Vorsteher Hanne, wasmassen Inquisit über die Nachlässigkeit seiner Frau zum öftern ungeduldig geworden, und aus Mismuth dem Gesöf sich zuweilen ergeben, die Frau aber, weil er sonst und vordem ein guter Kerl gewesen, und sich wohl betragen, alle Schuld habe, auf ihren geleisteten Eid bezeuget haben II. Inquisitens Eheweib an eben dem Tage, da sie durch das Werfen mit der Barte beschädiget worden, ihren Mann theils dadurch, daß sie dasjenige, was sie in seiner Abwesenheit verrichten sollen, unterlassen, theils durch anders ihm nicht

ohne

ohne Grund misfällig gewesenes Verhalten, zur Ungeduld gereitzet; solche auch durch die auf ihres Mannes geäusserte Misbilligung derselben Betragens von ihr erfolgte Reden vermehret hat; solchergestalt III. allerdings einige dem Inquisiten bey der von ihm begangenen Mishandlung zu statten kommende Entschuldigung in den Acten anzutreffen ist; jedoch IV. wie weit solche die vom Inquisiten verwürkte Strafe mindern könne, sich eher nicht bestimmen lässet, bis der bey Inquisitens Verbrechen mit vorkommende und von ihm abgeläugnete Haupt-Umstand, ob er nemlich nach seinem Eheweibe mit der Barte, in dem Vorhaben, sie zu treffen, geworfen habe? zur gehörigen Gewißheit gediehen ist; und also V. vorjetzo ein mehreres, als daß auf ein Erforschungs-Mittel erkandt werde, nicht geschehen kann; Hiebey aber VI. daß bey dem wider den Inquisiten in den Acten sich hervorthuenden Verdacht eines bey ihm zur Zeit des ausgeübten Wurfs da gewesenen Vorhabens verschiedene diese Vermuthung mindernde Umstände sich finden, nicht ausser Acht zu lassen ist, anerwogen Inquisit eines Theils sonst nach den obangezogenen Zeugnissen einen guten Lebenswandel geführet, und daher von ihm, daß er an seinem Eheweibe eine solche That, dadurch diese ihr Leben eingebüsset, mit Fürsatz begangen habe, nicht wohl präsumiret werden mag, andern Theils, daß er sogar in Beyseyn der Flennies, die in der Stube gewesen, wo die That vorgegangen, dergleichen Thätlichkeit an seinem Eheweibe mit Willen unternommen haben sollte, ebenermassen keinesweges so wahrscheinlich ist, daß daraus ein vollständiger Verdacht zu folgern wäre; diese Gründe aber VII. den Gebrauch des Reinigungs-Eides, als des gelindesten Erforschungs-Mittels an die Hand geben; und daher VIII. auf den im Urthel vorgeschriebenen Eid Absicht zu nehmen, der Vorliegenheit gegenwärtiger Inquisitions-Sache am gemässesten ist; diesen auch IX. dasjenige, was oben in den Zweifels-Gründen vorgetragen worden, nicht entgegen stehet, gestalten ad Rat. dubit. 1. 2. & 3. dem Anführen eines Inquisiten, wenn dasselbe durch andere wahrscheinliche Umstände unterstützet wird, eine solche Wirkung, daß es den wider ihn vorhandenen Verdacht wenigstens einigermassen vermindert, gar wohl beygeleget werden kann, in gegenwärtiger Inquisitions-Sache aber, wie aus den Entscheidungs-Gründen erhellet, verschiedenes, so des Inquisitens Verneinung des ihm angeschuldigten Vorhabens, sein Eheweib mit der Barte zu treffen, einige Wahrscheinlichkeit giebet, vorkömt, mithin des Inquisitens Aussage, obgleich solche auf eine Entschuldigung seiner That hinausläufet, nicht gänzlich ausser Augen gesetzet, sondern gar wohl von einem Richter, mit bedächtigen Ermessen aller bey der Sache sich findenden Umstände, in Betracht gezogen werden mag; ad Rat. dubit.

dubit. 4. die Variation keinesweges bey allen Inquisiten einerley Grad des Verdachts erwecket, sondern vielmehr, in sofern man den Verdacht auf die Variation gründen will, die Verschiedenheit der Inquisiten genau zu erwegen, und besonders darauf, ob man sonst von demselben, daß er von grosser Bosheit sey, Spuren habe, zu sehen ist; und denn davon, daß der Inquisit ausserdem, was durch den von ihm nach seinem Eheweibe gethanen Wurf geschehen, andere Bosheiten verschuldet habe, in den Acten sich nicht findet; über dieses auch derselbe, ehe er noch über die Inquisitional-Artickel vernommen worden, mit einem ziemlich glaubwürdigen Geständnis herausgegangen ist; und also daß durch dessen Variation der Verdacht, welchen er sich durch seine That zugezogen hat, sonderlich vergrössert worden, nicht zu behaupten stehet; eben so wenig aber die vom Inquisiten ergriffene Flucht eine solche Vermehrung des wider ihn vorhandenen Verdachts begründet, indem die Beschwerlichkeit des Gefängnisses einen jeden Arrestanten, auf seine Befreyung zu denken, gar leicht veranlassen kann; ad Rat. dubit. 5. 6. 7. in dem Gebrauch des Erforschungs-Mittels bey demjenigen, der das Verbrechen, dessen er verdächtig geworden, ins Läugnen stellet, nicht blos auf die Grösse der Uebelthat, sondern zugleich, und zwar fürnemlich auf den Grad des Verdachts, den der Angeschuldigte auf sich geladen hat, zu sehen ist.

Boehmer Jur. Crim. Sect. I. c. 13. §. 320. n. 6.

Engau Jur, Crim, Lib. 2. Tit. 19. Membr. 2. §. 236.

Diese Regul aber in dieser Inquisitions-Sache dem Erkänntnis auf eine Peinlichkeit im Wege stehet, sintemal, wie aus den vorhergehenden Entscheidungs-Gründen klar erhellet, die Umstände, welche Inquisit für sich hat, den wider ihn streitenden und aus dem von ihm nach seinem Eheweibe gethanen Wurf entstehenden Verdacht gar merklich verringern, und daher die Anwendung einer Peinlichkeit nicht verstatten; hingegen ad Rat. Dubit. 8. der Reinigungs-Eid als ein solches Erforschungs-Mittel, das mit den wider den Inquisiten vorhandenen Anzeigungen die gehörige Proportion hat, anzusehen ist

Si enim in gravioribus delictis indicia ad torturam sufficientia non adsint, vel per contrarias præsumtiones valde sind elisæ, pro eruenda veritate consultissimum est, reo necessitatem jurandi imponere.

Carpzov. Prax. crim. Part. III, Qu. 117. n. 85.

Berger Elect. Jurisprud. Crim. Part. II. Obl. 166.

Boehmer

Boehmer cit. loc. c. 14. §. 243. n. 2.

Beyer ad art. 28. C. C. C. Pos. 45.

mithin in der jetzigen Sentenz darauf, jedoch mit dem Zusatz, daß in dieser wichtigen Sache zu Ablegung des Eides ein Geistlicher mit gezogen werden solle, zu sprechen gewesen, so ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkandt worden.„

Der Inquisit leistete den von ihm geforderten Eid. Er wurde jedoch, weil er sich wenigstens einer unverantwortlichen Culpæ theilhaftig gemachet, auf 3 Monat zum Festungsbau verdammet.

LXII. Bedenken.

Es ist nicht zu vermuthen, daß in Städten zu den Buden ein Hofraum gehöret.

Johann Heinrich Hupe zu Göttingen setzte den Ludwig Stamm zu seinem Erben ein, und legirte der Annen Marien Daviden sein kleines Nebenhaus. Diese forderte einen Theil des Hofraums, und es wurde ihr solcher vom Richter erster Instanz zuerkandt. Selbiger schiene zu statten zu kommen 1) die Lehre LEYSERI Spec. 395. Med. 1. welcher dafür hält, in plerisque exemplis pleniorem interpretationem leges facere contra heredem, daher es lediglich auf das Arbitrium Judicis ankomme. Es hatte auch 2) der Erblasser seinen Miethsleuten des Nebenhauses den Mitgebrauch des Hofraumes vergönnet, woraus man folgerte, daß er ihn vor ein Zubehör desselben gehalten habe.

Aber diese pleniores interpretationes 2) sind nur alsdenn geschehen, wenn für den Legatarium Vermuthungen stritten. Die Regel ist in den Gesetzen klar gegründet: In dubio heredi magis parcendum est (a); In gegenwärtigem Fall aber war nicht der geringste Umstand vorhanden, welcher Glauben machte, daß der Testator den Hofraum zum Theil der Legatariæ mehr gegönnet habe als dem Erben. Den Miethsleuten verstattete er 2) dessen Mitgebrauch sonder Zweifel, um sie beyzubehalten, nicht aber in der Absicht solchen immerhin dem Nebenhause zum Theil beyzulegen. Eine perpetuirliche Incorporation mogte man um destoweniger vermuthen, da in den Städten bey Buden gemeiniglich kein Hofraum zu seyn pfleget. Daß aber der Legatariæ Nebenhaus eine solche, und kein Kothhaus sey, erhellete daher, daß nicht selbiges, sondern

nur des Erben Vorderhaus in dem Städtischen Catastro classificiret war, wie denn in mehrern Städten mit den Buden es also gehalten wird (b). Daher wurde von Königl. Justiz-Canzley am 14. Febr. 1767. erkandt, daß Appellant nicht schuldig einen Antheil des Hofraums qu. abzutreten, vielmehr Appellatin zu erweisen habe, daß die prætendirte Stücke für wahre Pertinenzien des Nebengebäudes zu halten, oder daß der Testator dem Appellanten aufgegeben, diese Stücke bey dem Nebenhause zu lassen.

(a) L. 39. §. 6. de Legatis 1. L. 47. de Legatis 2. L. 75. de Legatis 3.

(b) Ut facto hominis constituantur pertinentiæ, requiritur, ut res ad perpetuum rei alterius usum fuerit destinata, neque sufficit temporalis destinatio commoditatis causa facta ENGELBRECHT *de Reunione pertinentiarum* §. 12.

LXXIII. Bedenken.

Dem zweiten Ehegatten gebühret der Kinder erster Ehe Pflichttheil, wenn diesen gleich weniger vermachet worden.

In des Bretschneiders Ehestiftung waren der Frauen Kindern erster Ehe zum Erb- und Pflichttheil nur 100. Rthl. bestimmet, das ganze übrige Vermögen aber dem überlebenden Ehegatten verschrieben. Man weiß in hiesigen Landen von der Lübischen gänzlichen Ablage der Kinder erster Ehe nichts (a). Der *L.* 6. *C.* de secundis nuptiis, vermöge dessen dem Stiefvater nicht mehr zu vermachen, als einem der Kinder erster Ehe, findet demnach hier seine Anwendung, und was jener mehr erhalten, muß er zurück geben (b). Aber derselbe ist von der ihm gegönneten Erbschaft nicht ganz auszuschliessen, und wenn den Kindern weniger, als der Pflichttheil vermachet worden, so gebühret ihm doch dieser. Es lehret solches also FABER *in Cod. Lib.* 5. *Tit.* 5. *Def.* 3.: Si parens cujuscunque sexus ad secundas transiens nuptias alicui liberorum minus legitima reliquerit, non idcirco conjugis portio ad eam quantitatem reducetur, nec minor erit, quam sit filii legitima, quia nec ipsa filii portio minor esse potest. Ihm pflichten bey BRUNNEMANN *ad L.* 6. *de secundis nuptiis, num.* 4. VOET *ad ff. Tit. de Ritu nuptiarum* §. 130. PRENNER *de Portione filiali vitricorum vel novercarum cap.* 1. §. 15. und HENNE *de Conjuge binubi vel binubæ ex bonis hujus non plus capiente quam aliquis librorum prioris matrimonii minimam portionem accipiens* §. 7.

(a) Die-

(a) Dieſer Rechtlichen Bedenken Part II.

(b) BOEHMER Tom. III. Part. II. Reſp. 436. n. II. MULLER *ad Struv.* Ex. 29. §. 53. Lit. Φ. n. VII.

LXXIV. Bedenken.

Die Catholiſche geiſtliche Obrigkeit iſt nicht befugt, Evangeliſcher Landesherren Catholiſche Unterthanen in deren Landen unmittelbar zu verabladen.

Als die Herzoge von Braunſchweig und Lüneburg den gröſten Theil des Stifts Hildesheim beſaſſen, unterwarf ſich dem Herzog Erich zu Calenberg das Cloſter Marienrode freywillig, mit Genehmhaltung Biſchofs Valentin zu Hildesheim, um in den damaligen unruhigen Zeiten gegen die von Salder und andere Schutz zu erlangen, wie der Abt Henricus BERNTEN *Chronici monaſterii Marienrode in Leibnitii Scriptor. Rer. Brunſuic. Tom. II.* meldet. Solcherwegen wird das Kloſter, als der zweyte Prälat, zu den Calenbergiſchen Landtagen berufen, und von von deſſen Gericht an die Hannöverſche höhere Gerichte appelliret. Den Abt wollte nun des Biſchöfl. Hildesheimſche Offizialat-Gericht und der Nuntius Apoſtolicus zu Cölln unmittelbar verabladen. Als er ſich weigerte, die Citation anzunehmen, ſendete man ihm das Nuncii Schreiben mit der Poſt zu. Das Offizialat Gericht citirte denſelben aber edictaliter, welches die Chur-Braunſchweigiſche Regierung, als einen Eingrif in die Landeshoheit, anſahe.

Denn das Inſtrumentum Pacis Weſtphalicæ art. V. §. 48. ſuſpendiret das Jus Diœceſanum und die jurisdictionem eccleſiaſticam cum omnibus ſuis ſpeciebus wider die Evangeliſche Reichsſtände und deren Unterthanen; daher denn auch in der wegen des Catholiſchen Religions-Exercitii in der Stadt Hannover, in Gefolg des mit des Kayſers Majeſtät anno 1692. errichteten Pacti, denen Römiſch-Catholiſchen am 25. April. 1713. ertheilten Reſolution Art. 13. geſaget wird, „daß aus ſelbiger mit nichten ein Recht zu einiger geiſtlichen Jurisdiction für die hieſige Römiſch-Catholiſche Geiſtliche ſo wenig activé als paſſivé zu erzwingen, ſondern das Jus Diœceſanum und die ganze Römiſch-Catholiſche geiſtliche Jurisdiction mit allen ihren Arten und Zubehörungen ſey wider die Evangeliſche Churfürſten und Stände vermöge des Osnabrückiſchen Friedensſchluſſes ſuſpendiret, und erkenneten Se. Churfürſtl. Durchl. in Dero Landen kraft des Ihnen

allein zustehenden Juris territorialis und episcopalis keinen andern geistlichen Richter oder geistliche Jurisdiction von einigerley Art oder Gattung, als sich selbst und diejenigen, welchen sie deswegen Gewalt aufgetragen.„ Diese Regel ist nur alsdenn einzuschränken, wenn eines Evangelischen Landesherrn Catholische Unterthanen 1624. der Catholischen geistlichen Jurisdiction unterworfen gewesen. Solche Gerichtbarkeit wollte aber der Catholische Herzog Johann Friedrich zu Hannover dem Stift Hildesheim über das Closter Marienrode nicht einräumen. Gesetzt jedoch, sie stünde zu behaupten, so folgte daraus keinesweges, daß die geistliche Richter in den Chur-Braunschweigischen Landen jemanden, er sey wer er wolle, unmittelbar verabladen mögen. Dieses erlauben auch Catholische Landesherren nicht immer, wie der Chur-Bayersche Geheimte Raths-Canzler B von KRAITMAYR in seinen Anmerkungen über den *Codicem Juris Bavarici judiciarii* also bezeuget: „In causis spiritualibus soll man zwar weltliche Personen, vermöge der Concordaten, von der Erscheinung bey geistlichen Gerichten nicht nur nicht ab, sondern vielmehr dazu anzuhalten. Es muß aber die weltliche Obrigkeit in solchen Fällen allezeit um die Verschaffung begrüsset werden, und zwar ohne Unterschied inter personas principales & accessorias, ausser wo die Observanz, oder Special-Verträge ein anders mit sich bringen.„ Da denn zwar die Rede von den Citationen weltlicher Personen ist. Diese aber sind in Spiritualibus der weltlichen Obrigkeit nicht mehr unterworfen, als die geistliche. Vielweniger mag man also einem Evangelischen Churfürsten anmuthen, dergleichen Actus jurisdictionales in seinen Landen verrichten zu lassen. Solche Befugnis stehet dem Päbstlichen Nuncio, ja dem Pabst selbst ebenwenig zu (a), noch thut es etwas zur Sache, daß die Ladung dem Abt mittelst der Post zugesandt, und er edictaliter citiret worden. Denn die erste Art der Insinuation verstattet keine Obrigkeit, wenn man solchergestalt ihre Unterthanen evociren will (b), und die zweyte ist nur erlaubt, wenn der Richter die Subsidial Citation widerrechtlich versaget (c).

(a) BERLICH Part. I. Concl. XI. n. II. MULLER *de Citatione subsidiali* c. 2. §. 20. SCHULTZ *de Citatione subsidiali* c. 2. §. 34.

(b) COCCEJUS *de Citatione judicis incompetentis* c. 6. §. 3.

(c) CARPZOV *in Proc.* Tit. 7. art. 4. n. 23. HORN Class. XII. Resp. 99. Herr G. L. BOEHMER *Princ. Jur. Canon.* §. 824.

LXXV. Bedenken.

Von den Schatzgefällen und Steuren in der Grafschaft Hoya.

In meinen Observationibus Juris & Historiæ Germanicæ Obs. III. §. 25. 26. ist von den Schatzgefällen und Steuren in der Grafschaft Hoya gehandelt, und eine Stelle aus der Hoyaischen Confirmatione privilegiorum von 1706. angeführet. Ich will zu mehrerer Erläuterung dieser Sache und anderer landschaftlichen Gerechtsame selbige hier ganz mittheilen. Sie lautet also: „Von Gottes Gnaden Wir Georg Ludewig, Herzog zu Braunschweig und Lüneburg, des Heil. Röm. Reichs Churfürst. Auf die von denen jetzo hier anwesenden Deputirten unserer getreuen Ritter und Landschaft unserer beyden Grafschaften Hoya eingegebene unterthänigste Memorialien erklären wir uns hiemit in Gnaden folgendergestalt: 1) Ist unser gnädigster Wille und Intention, daß vermeldete beyde Grafschaften samt dem Amt Harpstedt, und denn denen Grafschaften incorporirten Thedinghousischen und Westischen District, wie bisher also noch ferner, ein Corpus separatum von allen unsern Fürstenthümern, Graf und Herrschaften verbleiben, und zu keiner Zeit einigen andern Fürstenthum, Graf- oder Herschaft incorporiret, oder für deren Dependenz geachtet werden sollen. 2) Sollen die Städte und Flecken in besagten Grafschaften ihre bürgerliche Gerichte, wie sie dieselbe wohl hergebracht haben, behalten, und ihnen darin von denen Beamten keine Behinderung noch Eintrag geschehen. 3) Daß der Adel und die Ritterschaft, wie auch die freye und eximirte in unsern beyden Grafschaften Hoya samt dem Amt Harpstedt, und denn denen Grafschaften incorporirten Thedinghäusischen und Westischen District bey denen in dem Hoyaischen Landtags-Abschied de anno 1697. enthaltenen Juribus zu lassen, und dawider von niemanden zu betrüben, das verstehet sich von selbsten, und kann es destoweniger einigen Zweifel haben, weil unsere unterm 18. Aug. 1705. darüber ertheilte Confirmatio solches im Munde führet. Anlangend in Specie das in besagtem Landtags-Abschied §. 25. dem Hoyaischen Adel wegen Admittirung in das Hofgericht geschehene Versprechen, so hat es auch billig dabey sein Verbleiben. Dieweil auch durch die von uns verordnete Anderweitverlegung der beyden Grafschaften Hoya die Sachen sich dahin geändert, daß die in jetzt angezogenem §. 25. voran zu geschehene vorbehaltene Communicatio mit unserer Zell- oder Lüneburgischen Landschaft nunmehro mit unserer Calenbergischen Landschaft wird geschehen müssen, so wollen wir dieselbe Communication forderlamst verfügen, und uns hernach dieserhalben ferner erklären. 4) das Schatzwesen in unsern beyden Grafschaften

schaften Hoya soll in dem Stande, wie es von anno 1666. her gewesen, ferner verbleiben, und die anno 1682. anhero cedirte sechs Hoyaische Aemter nunmehro der Obergrafschaft Hoya wieder zugerechnet, und in dem Corpore behalten werden, auch wenn extraordinaire Anlagen bewilliget werden, an der Portion der Obergrafschaft Hoya hinführo jedesmal ihren Strang ziehen, und die accordirende Summen pro quota zum Toto erlegen helfen. 5) Wollen wir verordnen, daß gleichwie es in unserer Untergrafschaft Hoya bereits eingeführet ist, also auch in unserer Obergrafschaft Hoya die Schatzgefälle durch die Schatz-Einnehmer immediate von den Schatzpflichtigen erhoben, und zu Eintreibung solcher Gefälle denen Schatz Einnehmern von unsern Beamten mit zulänglicher Execution jedesmal unweigerlich assistiret werden solle. 6) Die in obangezogenem Landtags-Abschiede vorbehaltene Puncte, insoweit dieselbe noch nicht erörtert seyn, sollen forderſamst vorgenommen und abgethan, und ein bequemer Terminus dazu angesetzet werden. Inzwischen wollen wir zu desto besserer Präparirung der Sache von unserer getreuen Ritter- und Landschaft unserer Grafschaften Hoya eine beständige Specification aller und jeder solcher noch nicht erörterter Puncte erwarten. 7) Ob und welchergestalt wegen der Land-Commissariate in den beyden Grafschaften Hoya samt zugehörigen Thedinghäusischen und Westischen District etwa Veränderung zu machen, deswegen wollen wir uns nächst diesem auf eingenommene genugsame Information von der Sachen Umständen eines Gewissen entschliessen. Inzwischen aber und bis zu unser anderweiter Verordnung bleibet es hiemit in bisherigem Stande, und haben die jetzige bestellete Land-Comissarii ihre Functiones nach wie vor zu continuiren. 8) Als auch in vor mehr angezogenem Landtags-Abschied von 1697. §. 1. einer gewissen Veranlassung, welche bey dem Stift Bassum wegen der Reception der aus den beyden Grafschaften Hoya gebürtigen adelichen Töchter in selbiges Stift geschehen sey, und man auf dergleichen ferner bedacht seyn wolle, Erwähnung gethan worden, und dann billig, daß den Landeskindern darunter ein Vorzug vor Fremden gegönnet werde, auch in den Clöstern unsers Fürstenthums Zelle es also verordnet ist, daß zum wenigsten zwey Drittheile der darin aufzunehmenden Personen aus Landeskindern bestehen müssen, so wollen wir, daß von nun an und hinführo solches auch in dem Stift Bassum also gehalten werden solle, daß nemlich von denen darin aufzunehmenden adelichen Töchtern jedesmal zwey Drittheile aus denen Grafschaften Hoya sollen gebürtig seyn, und mehr nicht als ein Drittheil von Ausländerinnen bestehen können, weswegen wir behufige Verordnung nach Bassum ergehen lassen werden. 9) Betreffend der sogenannten sieben Meyer im Amt Hoya sich anmas-

sende

ſende Exemtion von den gewöhnlichen und hergebrachten Præſtandis, ſo wollen wir uns von dem Fundament der Sache Relation abſtatten laſſen, und dann dasjenige hierunter eins für alles verordnen, was recht und billig zu ſeyn ſich finden wird. Inzwiſchen ergehet in unſerm Namen Proviſional-Verordnung und Befehl, mehrgemeldte ſieben Meyer zu Abtragung ihrer ſchuldigen Præſtandorum, inſonderheit auch zum Beytrag ihrer Quote zu dem Weſer-Brückenbau zur Hoya anzuhalten. Im übrigen verbleiben wir Eingangs ermeldeten Deputirten, wie auch unſerer getreuen Ritter- und Landſchaft insgeſamt mit Churfürſtl. Huld und Gnade beygethan und gewogen. Geben in unſer Reſidenz-Stadt Hannover unter unſerm Churfürſtl. Handzeichen und Geheimten Canzley-Secret den 26. Mart. anno 1706.„ Hiebey iſt ad art. 4. zu bemerken, daß vor 1667. zu Abtragung der Gräflichen Schulden, welche die Landſchaft zu bezahlen ſich anheiſchig gemachet hatte, nebſt den Schatzgefällen, die man noch jetzt erhebet, eine auſſerordentliche Steuer aufgebracht worden. Dieſer iſt das Land zu ſelbiger Zeit entlediget, mithin den Ständen in vorſtehender Confirmation Art. 4. die Verſicherung ertheilet, daß es bey ſolcher Befreyung bleiben ſolle.

LXXVI. Bedenken.

Wer nicht in der Abſicht jemanden einen Vortheil zu ſchaffen, ſondern ſeines eigenen Beſtens halber Schulden bezahlet hat, die einem andern abzutragen oblage, der iſt von demjenigen ſchadlos zu halten, der dadurch bereichert worden.

Es heiſſet in *L.* 29. *pr. ff. Communi devidundo :* Si quis, cum exiſtimaverit fundum communem ſibi cum Mævio eſſe, quem cum Titio communem habebat, impendiſſet, recte dicitur, etiam communi dividundo judicium ei ſufficere, hoc enim eſt, ſi ſciam rem communem eſſe, ignorem autem, cujus ſocii. Neque enim negotia ſocii gero, ſed propriam rem tueor, & magis ex re, in quam impenditur, quam ex perſona ſocii, actio naſcitur. Denique ea actione pupillum teneri dicimus, ut impendia reſtituat officio judicis. Diverſa cauſa eſt ejus, *qui putat ſe in rem propriam impendere, cum ſit communis, huic enim nec communi dividundo judicium competit, nec utile dandum eſt.* Ille enim, qui ſcit rem eſſe communem, vel aliena negotia, eo animo gerit, ut aliquem ſibi obliget, & in perſona labitur; und in L. 14. §. 1. d. t.: Diverſum eſt enim, cum quaſi in rem meam impendo, quæ ſit aliena, aut communis. Hoc enim caſu, *ubi quaſi in*

rem

rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. At cum puto rem Titii esse, quæ sit Mævii, aut esse mihi communem cum alio, quam est: id ago, ut alium mihi obligem, & sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cujus negotia curavi, cum putarem alterius ea esse: ita & in proposito. Igitur etsi abalienavero prædium, quia in ea causa fui: ut mihi actio dari deberet, danda mihi erit (ut Julianus quoque scribit) negotiorum gestorum actio. Daher wird nach der Subtilität des Römischen Rechts erfordert, daß derjenige, welcher die Actionem negotiorum gestorum contrariam anstellen will, den Vorsatz gehabt, des Beklagten Bestes zu befördern, und nicht wider Wissen und Willen, oder aus Zwang solches gethan. Die natürliche Billigkeit verstattet jedoch keinesweges, daß sich jemand mit eines andern Schaden bereichere, und es unvergolten lasse, wenn dieser das Seinige verbessert hat, dessen Absicht mag gewesen seyn, welche sie wolle. COCCEJUS ad Grotium de J. B. & P. Lib. II. Cap. X. §. 9. Lit. O. schreibet hievon: Semper quis obligatur, si locupletior factus ex re aliena. Quod quis enim ex alieno habet, alienum est, adeoque ei restituendum, cujus est, sive animum habeat reddendi, sive non, und es heisset in dem L. 6. §. 3. de N. G von denjenigen, qui mea negotia gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbè ad negotia ea accessit, sed in id, quod ego locupletior factus, habet contra me actionem. Auch in L. 3. §. 10. h. t.: Hac actione tenetur non solum est, qui sponte & nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis, & ea gessit: verum & is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit. NOODT *ad ff. Tit.* de negotiis gestis bemerket usum derogasse Edicto. Neque id novum, quin sæpe evenit, ut jura paulatim augeantur, & ad novas porrigantur species, ad quas eadem pertinet utilitas, licet alia in his ratio sit, quam quæ ea jura initio provocavit - - Sane causa proponendæ in hoc Edicto actionis fuit, quod amici ea viderentur invitandi ad absentium negotia, ne interirent, sponte suscipienda, non item illi, qui aliqua necessitate vel necessitatis suspicione urgerentur. Per hosce tamen, si utiliter gesta sint mea negotia, nec alia ostenditur actio, placuit in horum quoque personis locum habere actionem negotiorum gestorum, etsi non directam, tamen utilem, perinde ac si sua sponte ad negotiorum meorum gestionem perexissent - - In re, quæ magis ex gesto constat, quam ex conventione, plus valet quod in rei veritate est, quam quod in opinione est. Fast eben also hat FABER in Rationalibus ad L. 3. §. 9. de negotiis gestis die Sache beurtheilet, und es legen demjenigen, dessen Endzweck es nicht gewesen, jemandens Geschäfte nützlich auszurichten, dennoch ex æquitate die actionem negotiorum gestorum utilem bey LAUTERBACH C. T. P. Tit. de

Negotiis

Negotiis geſtis §. 9. STRYCK ad Lauterbach voc. *nulla competit actio* COCCEJUS Jur Controv Tit. de Negotiis geſtis Qu. 4. TITIUS ad Lauterbach Obſ. 101. REMER de Vero obligationum valore Sect. 2. Cap 5. §. 17. REINHARD de Eo quod circa negotiorum geſtionem juſtum eſt. th 18. HELLFELD Jurisprud. for. §. 420 und andere. Die Ratio æquitatis, worauf ſich dieſes Recht gründet, verſtattet, meines Ermeſſens, nicht, es auf Impenſas in rem alienam factas einzuſchränken, ſondern wenn Titius eine Schuld bezahlet hat, die billig Cajus zur Halbſcheid abtragen ſollen, ohne daß er geboffet, von dieſem jemals etwas wieder zu bekommen, mithin in der Abſicht ſein eigenes Beſtes zu befördern, ſo iſt dennoch Cajus dadurch locupletior worden, und alſo, wenn er das Vermögen erlanget, jenen ſchadlos zu halten verbunden, weil dafern die Schuld unbezahlet geblieben wäre, er den Gläubiger mit vergnügen müſſen. Der L. 49. ff. de negotiis geſtis beſtärket dieſes alſo: In me tibi datur (actio negotiorum geſtorum) ſi cum hereditatem, quæ ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas ſoluiſſes, quando quidem ea ſolutione liberaret.

LXXVII. Bedenken.

Ob jemand vom Zehendherrn genöthiget werden kann, ſeine zehendpflichtige Länderey zu ackern.

Die Zehendpflicht iſt auf die genoſſene Früchte einzuſchränken. Von der Geiſtlichkeit wurde ſie aus dem Moſaiſchen Geſetz hergeleitet. Es heiſſet aber im 3. B. Moſ. c. 27. v. 30: „Alle Zehenden im Lande, beyde vom Saamen des Landes und von Früchten der Bäume, ſind des Herrn, und ſollen dem Herrn heilig ſeyn.„ Nirgend werden ſie von dem öde liegenden Lande gefordert. Jedoch ſind ſolche Laſten über den Buchſtaben des Geſetzes nicht auszudehnen. Den Rechten nach hat daher kein Zehendherr ſich zu beſchweren Urſach, daß der Zehendpflichtige ſeine Aecker nicht dergeſtalt bauet, wie er könnte. Es entſcheidet die Frage alſo ESPEN Jur. Eccleſ. Part. II. Tit. 33. c. 9. n. 19. 20: In exactione & petitione decimarum, illud quoque obſervandum, eas non poſſe peti, niſi de fructibus excretis, ſive jus decimarum non eſſe onus fundorum, ſed fructuum. Hinc nullis fructibus excreſcentibus, etiam decimæ prætendi nequeunt, tametſi per negligentiam proprietariorum aut colonorum factum eſſet, quod fructus nulli aut minus valentes excreti & collecti eſſent. Imo ipſo proprietarius fundum ſuum incultum relinquere poteſt, neque a parocho aliove decimatore ad colendum aut decimandum adigi poteſt; dem beypflichten WERNDLE vom Zehend-Recht

Lib. 3. *c.* 6. und SYRING de Decimis c. 6. §. 11. In dem Chur-Bayerschen Land-Recht *Part.* II. *c.* 10. §. 9. wird hievon folgendes verordnet: „Von öde oder ungebaueten Grund, so lange sie in diesem Stand verbleiben, mag zwar kein Zehend gefordert werden. Wenn aber gleichwohl erscheinet, daß der Zehendmann den Feldbau aus bloser Neidsucht, oder sonst dem Zehendherrn zum Schaden geflissener Weise entlässet, so mag er obrigkeitlich hiezu angehalten werden, und ist den Schaden zu ersetzen schuldig. Der Chur-Bayersche Geheimte Raths-Canzler B. von KRAITMAIR commentiret in den Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem aber hierüber also: „Es ist kaum möglich, daß jemand den Feldbau aus bloser Neidsucht, oder sonst dem Zehendherrn zum Possen unterlassen sollte. Quis enim, saget B. Schmid, tam insanæ invidiæ sit, qui se novem partibus privet tantum, ut alius decima careat.„ Die Kayserliche Zehend-Ordnung des Ertz-Herzogthums Oesterreich ob der Enß §. 11. dehnet das Recht des Zehendherrn also weiter aus: „Es ist auch nicht zulässig, einen oder mehrere Aecker aus Unfleiß, oder dem Zehendherrn zum Abbruch unbebauet liegen zu lassen, sondern wenn dergleichen vermerket wird, soll der Anbau durch die Obrigkeit verschaffet werden (a).„ Mir scheinet das gemeine Beste zu erfordern, daß solches vom Gesetzgeber überall geschehe. Er sorget billig dafür, ne quis re sua male utatur. Eine solche Faulheit gereichet nicht nur dem Zehendherrn, sondern dem Eigenthümer selbst, und dem gemeinen Wesen zum Schaden, indem es einen Landes-Einwohner ausser Stand setzet, die gemeine Lasten tragen zu können, mithin ein nützliches Mitglied des gemeinen Wesens zu seyn.

(a) SYRING de Decimis.

LXXVIII. Bedenken.

Ein durch Schläge und Drohungen erpressetes Testament ist nichtig, wenn gleich die Zwangsmittel einige Zeit vor desselben Errichtung gebrauchet worden.

Es wurde durch Zeugen erwiesen, daß eine Frau, welche dem Mann das Ihrige vermachet hatte, 1) gesaget, selbiger habe sie zum ersten Testament gezwungen, und es solle ihm so nicht wieder gelingen, sondern sie wolle ihre Anverwandte bedenken; imgleichen 2) sie könnte und wollte bey dem bösen Mann nicht länger bleiben, und könnte ihn vor Augen nicht leiden; auch 3) daß sie die

Zeugen

Zeugen mit Thränen gebeten, sie von ihrem bösen Mann zu helfen, welcher 4) behindert hätte, daß ihre Anverwandte vor sie gelassen worden. Eines Testirers geführte Reden und Klagen über erduldeten Zwang erweisen aber selbigen (a), und ein ungestümmes Anhalten des Mannes führet ihn mit sich (b).

Zwar will CRELL *de Sermone maritali cum uxore testamenti faciendi causa* §. 4. behaupten, non vitiare testamentum severam increpationem, qua maritus intercedit, ne uxor sibi adimat hereditatem, nec videri vim adhibitam, si a rixis ad verbera perventum est, atque postea factum testamentum ab uxore, ut mariti animum placaret, dummodo non pulsata sit immediatè circa actum testandi. Allein dieser Meynung kann ich nicht beypflichten, sondern halte ein Testament für nichtig, wenn die Frau mit Drohungen und Schlägen dazu beweget worden, obwohl es nicht unmittelbar vor der Errichtung geschehen, weil keinesweges zu vermuthen, daß sie eine solche übele Begegnung mit Wohlthaten belohnen wollen, sondern vielmehr, daß die dadurch eingejagte Furcht ihr das Vermächtnis abgepresset hat (c). Die Rechte verstatten dem Mann seine Frau sermone maritali zu gewinnen, nicht aber zu nöthigen, entweder nach seinem Begehren ein Testament zu machen, oder unglücklich in der Ehe zu leben. Erlaubet man solches, so ist es um die Libertatem testandi der Ehefrauen brutaler Männer gethan.

(a) Herr B. von CRAMER Tom. II. Obs. 463. §. 4.

(b) CARPZOV Part. III. const. 5. Def. 9. BOEHMER Tom. II. Resp. 782. n. 9.

(c) MANZIUS *de Testamento valido & invalido* Tit. 3. Qu. 3. n. 20.

LXXIX. Bedenken.

Ein referirter Eyd wird für geleistet gehalten, wenn derjenige, welcher sich dazu erboten, durch einen Zufall behindert worden, ihn zu leisten.

Der Amtmann Sievers hatte sich gegen seinen Advocaten erkläret, einen ihm referirten Eyd zu schwören. Seine Krankheit, und der darauf erfolgte Tod behinderte ihn aber daran, und es entstund daher die Frage, ob der Eyd pro præstito zu halten? Man zweifelte daran, weil LEYSER *Spec.* 144. *Med.* 2. erfordert, Præstationem jurisjurandi non mero casu, sed facto adversarii esse impeditam, ut adeo culpa aliqua illi imputari possit, und BASTINELLER *de Effectu oblationis mortuo ante præstationem offerente* §. 19. hält dafür, non sufficere noti-

notificationem judici vel actuario privatim factum, aliquem velle & posse juramentum præstare; welchemnach die gegen den Advocaten gethane Aeusserung des Amtmann Sievers noch weniger etwas wirken konnte. Es ist jedoch in der Chur-Braunschw. Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung *Part. II. Tit.* 8. *Sect.* 3. §. 12. folgendes geordnet: „Hätte der Verstorbene einmal den deferirten Eyd acceptiret, und er wäre nicht in mora gewesen, oder es bey ihm nicht gestanden, solchen abzustatten, so wäre das also deferirte und acceptirte Juramentum pro præstito zu halten.„ Da denn keine Schuld des Gegentheils erfordert wird, sondern der Gesetzgeber der Rechtslehrer Meynung beypflichtet, welche es für hinlänglich halten, wenn derjenige, welcher schwören wollen, ausser Schuld ist. Dieses geschiehet von WERNHER *Part. IV Obs.* 151. *in Suppl. n.* 127. 128. woselbst er ein Præjudicium des Chur-Sächsischen Ober-Appellations-Gerichts anführet, welches einen referirten Eyd pro præstito gehalten, weil bescheiniget worden, daß ihn der Verstorbene seiner Krankheit wegen nicht leisten können.

LXXX. Bedenken.

Der jüdische Rabbiner ist in den Chur-Braunschweigischen Landen kein willkührlicher Schiedsrichter, sondern die vor ihm von einem ihrer Nation in gewissen Sachen belangte Juden müssen sich dessen Erkänntniß unterwerfen.

§. 1.

Es entstund die Frage: Ob vermöge der der Chur-Braunschweigischen Judenschaft ertheilten Landesherrlichen Privilegiorum der Hannöversche Rabbiner ein blosser willkührlicher Schiedsrichter sey, oder ob klagende Juden die Bekagte ihrer Nation nöthigen könnten, in einigen Streitsachen sich dessen Erkänntniß zu unterwerfen?

Diese ist von den Chur-Braunschweigischen Dicasteriis nicht immer auf gleiche Weise entschieden. Ich vermeyne jedoch, daß vermöge der ältern und neuern Rechte und Verordnungen die beklagte Juden des Rabbiners Erkänntniß nicht vermeiden können.

Zwar sind alle Landesgesetze dergestalt zu erklären, daß sie mit den gemeinen Rechten übereinkommen: Nun heisset es in den von den Kayfern Arca-

dio

dio und Honorario promulgirten *L. 8. Cod. de Judæis & Cœlicolis*: Si qui vero ex his communi pactione ad similitudinem arbitrorum apud Judæos in civili duntaxat negotio putaverint litigandum, sortiri eorum judicium publico jure non vetentur; daher dann FISCHER *de Statu & Jurisdictione Judæorum* §. 37. mit gutem Grunde schreibet: Per constitutionem Arcadii civiles Judæorum causæ Romanis judicibus sunt subjectæ. Autonomia gentis & propria jurisdictiotum sepulta, posthac in imperio Romano nunquam revixit. Aber eben dieser erweiset §. 60., daß unter den Teutschen Kayfern und Fürsten denen Magistris Judæorum das Exercitium jurisdictionis secundum leges proprias in suos verstattet worden. Denen von ihm beygebrachten Beweisthümern will ich noch einem sehr merkwürdigen aus des Herrn von HONTHEIM *Histor. Trevir. Tom. II.* beyfügen. Es wird daselbst in einem von Churfürst Johann zu Trier den Juden 1554. ertheilten Privilegio gemeldet: „Daß sie einen besondern oder einem eigenen Rabin und Obersten unter ihnen kiesen, machen, und ufwerfen, vor welchen sie um ihre jüdische Sachen uud Händel, die nit malefitz oder Hochgericht, sunder nur allein Sachen und Forderungen halb, die ir einer in civil und bürgerlichen Sachen an den andern fürwenden thut, einander vur denselbigen Rabin fürnehmen und klagen mügen, auch jeglicher dem andern in bemeldeten Sachen vur gedachten Rabin folgen und gebührliche Red und Antwort geben solle, wie solches an andern Orten, da Juden sitzen, die ire besundere Rabin haben, und ihnen nach jüdischer Ordnung gehalten, geübet und gebrauchet wird.„ Herr FISCHER behauptet daher billig *d. l.* §. 61. præclaram hanc gentis judaicæ prærogativam in plerisque Germaniæ locis, ubi Judæi tolerantur, abrogato Arcadii edicto, hodieque vigere, und dieses bestärket BECK. *de Juribus Judæorum* c. 16. §. 5. also: „Die Jüdische Barnosen exercirem mit hoher Approbation und Genehmhaltung der Landesobrigkeit eine Jurisdiction über die Juden in gewissen Fällen. „Aus dieser Teutschen Observanz und keinesweges aus den Römischen Rechten sind die Jüdische Privilegia zu erklären (a).

(a) Dieser Rechtlichen Bedenken I. Theil.

§. II.

Es theilen jedoch die Chur Braunschweigische Privilegia dem Rabbiner keine wahre Jurisdiction mit. Denn sonst müste ihm erlaubet seyn, mehrere Zwangsmittel als den Schulbann zu gebrauchen, und es könnte derselbe Vormünder bestellen, auch Inventaria errichten, welche Befugnisse ihm jedoch ausdrücklich

drücklich untersaget worden. Aber daraus folget keinesweges, daß er nur Rechtshändel entscheiden kann, wenn beyde streitende Theile es von ihm begehren. Vieler Schiedsrichter Erkenntniß muß sich mancher vermöge eines Statuts, Vertrages, oder Testaments unterwerfen (a), und dennoch stehet ihnen keine eigentliche Gerichtbarkeit zu (b). Es lehret SELDENUS *de Synedriis Hebræorum* Lib. 2. c. 4. §. 2. potestatem Rabbinorum potius scholasticam fuisse, quam forensem, sed interim mixtam. Ein Schüler muß sich aber von seinem Lehrer zurecht weisen und züchtigen lassen, wenn er gleich solches gern vermiede. Diese scholastica potestas ist nun durch die Königl. Privilegia bestätiget, wie Herr Hofrath BOEHMER *de Officio & potestate Rabbinorum in terris Brunsuico-Luneburgicis* §. 19. 20. wohl bemerket.

(a) LAUTERBACH *de Arbitris compromissariis* §. 2. 29. SCHOEPF *de Arbitris necessariis* cap. I. §. 6.

(b) SCHOEPF d. l. cap. II. §. 18.

§. III.

Wenn der Rabbiner nur ein willkührlicher Schiedsrichter ist, so haben die Landesherrliche Privilegia nicht die mindeste Wirkung, weil niemand in Zweifel ziehet, daß streitende Juden einen ihrer Nation zum Schiedsmann erwählen können. Alle Handlungen und Privilegien sind aber dergestalt zu erklären, daß sie etwas wirken (a). An dessen Statt schmälern solchenfalls die den Juden ertheilte Concessionen die nach den gemeinen Rechten ihnen zustehende Befugnisse. Denn in der Lüneburgischen und Hoyaischen Juden Privilegio werden von des Rabbiners Erkenntniß die Geld- und Handelssachen, auch alle unbewegliche Güther der Juden betreffende Klagen ausgenommen, welcherwegen ihnen gleichwohl vor Ertheilung des Privilegii erlaubet war, auf den Rabbiner zu compromittiren.

(a) *L.* 12. *ff. de Rebus dubiis.* WERLHOF *de Alienatione & Concessione Jurium, quæ vulgo regalia vocantur* §. 40. BRENNRISEN *de Præstatione evictionis in cessione nominis c.* 2. §. 16.

§. IV.

Es heisset in dem denen Lüneburgischen und Hoyaischen Juden anno 1737. ertheilten Privilegio art. 4.: „Wie es aber in des Klägers jedesmaliger Willkühr stehet, ob er seinen Widerpart in denen Fällen, welche nicht ihrer Natur nach

zu

zu dem Ceremonial-Gesetz des Jüdischen Gottesdienstes gehörig, und welche privative vor den Rabbiner gehören, zuerst vor gedachtem Rabbiner, oder sofort vor der ordentlichen Obrigkeit belangen wolle ꝛc.„ Da es denn in des Klägers, und nicht in des Beklagten Willkühr gestellet wird, ob der Rabbiner oder die ordentliche Obrigkeit die Sache entscheiden solle. Zwar finden sich diese Worte in dem Privilegio der Calenbergischen Juden nicht. Da aber selbiges viel ohneingeschränkter ist, als das Lüneburgische, so stehet keinesweges zu vermuthen, daß man dem Hannöverschen Rabbiner über die Calenbergische Juden eine geringere Gewalt beylegen wollen, als über die Lüneburgische und Hoyaische.

LXXXI. Bedenken.

Ob der Recurs von dem Rabbiner an den ordentlichen Richter des Appellaten, oder des Beklagten zu nehmen.

Durch die Resolution Königl. Regierung vom 28sten Mart. 1748. ist festgestellet, „daß wer mit des Land-Rabbiners Ausspruch nicht zufrieden, an des Juden ordentliche Obrigkeit, und sodann weiter an die Obergerichte provociren möge.„ Es entstund aber ein Zweifel, ob dem ordentlichen Richter des Appellaten oder des Beklagten die Erkänntniß zustehe? Da, wie Hr BOEHMER *de Officio & potestate Rabbini provincialis in terris Brunsuico-Lüneburgicis* §. 24. wohl bemerket, die Appellation von des Rabbiners Ausspruch als eine Reductio causæ ad judicium ordinarium angesehen werden muß; der Judex reductionis aber des Beklagten Richter erster Instanz ist, weil der Schiedsmann vermöge keiner richterlichen Gewalt erkandt hat (a), so ist daher dieser von den Partheyen anzugeben, wenn gleich der Appellat unter eines andern Gerichtszwang seßhaft wäre.

(a) COCCEJUS *de Reductione ad arbitrium boni viri* Sect. 3. §. 9. 10. 11.

LXXXII. Bedenken.

Zugabe zu dem XXVII. Bedenken, vom Widerruf des gethanen ratificirten Bekänntnisses eines Inquisiten.

§. I.

Es ist, wie ich im XXVII. Bedenken angemerket habe, eine vielen Zweifeln unterworfene Rechtsfrage: Ob nach geschehenen Widerruf des ratificirten Bekännt-

Bekänntnisses ein Todesurtheil an den Inquisiten vollstrecket werden könne, oder ob die Tortur zu wiederholen sey? Ich halte, abangeführtem nach, das leztere davor, weil die peinliche Halsgerichts-Ordnung das erstere nirgend verordnet, sondern es vielmehr in art. 91. heisset: „Würde der Beklagte auf dem endlichen Rechts Tag der Missethat läugnen, die er doch vormals ordentlicher beständiger Weise bekannt, der Richter auch aus solchem Bekänntniß in Erfahrung allerhand Umstände so viel befunden hätte, daß solch Läugnen von dem Beklagten allein zu Verhinderung des Rechten wird fürgenommen, wie hievor im 56. Articul von beständiger Bekänntniß funden wird, so soll der Richter die zween verordnete Schöpfen, so mit ihm solche verlesene Urgicht und Bekänntnis gehöret haben, auf ihre Eyde fragen, ob sie die verlesene Urgicht gehöret haben? und so sie Ja darzu sagen, so soll der Richter in allwegen bey den Rechtsverständigen, oder sonst an Ort und Ende, als hernachmals angezeiget, Raths pflegen, und nachdem solche zween Schöpfen in diesem Fall nicht als Zeugen, sondern als Mitrichter handeln, sollen sie derhalben vom Gericht, oder Urtheil nicht ausgeschlossen werden.„ Hier saget der Gesetzgeber keinesweges, daß nach geschehenem Widerruf eines ratificirten Geständnisses der Inquisit zum Tode zu verdammen sey, sondern daß bey den Rechtsverständigen Rath gepflogen werden solle. Dessen hätte es nicht bedurft, wenn ein Widerruf, welcher ohne Anführung besonderer erheblicher Ursachen geschiehet, und dafern nur die unleidliche Marter vorgeschützet wird, ohne alle Wirkung wäre. Der Gesetzgeber handelt ausdrücklich von dem Fall, wenn der Richter vermeynet, das Läugnen geschehe allein zu Verhinderung der Rechten, und dennoch sollen Rechts-Verständige darüber erkennen, was nun vorzunehmen sey. Die Ratification ist ein so betriegliches Mittel, die Wahrheit ans Licht zu bringen, als das Geständniß auf der Folter. MERENDA hat *in Controv. Jur.* Lib. 5. c. 7. längst bemerket, daß wenn jene geschiehet, der Inquisit immer eine zweite Tortur fürchten muß. Ohne allen Grund wird dawider eingewandt, es sey solche Furcht nicht zu vermuthen, da man den Inquisiten mit der Folter nicht bedrohen dürfe, wenn er ratificiren soll (a). Denn wie kann ein vernünftiger Mensch glauben, daß sein blosser Widerruf ihn befreyen werde? Solchenfalls wäre die Tortur ganz unnütz. Wer diese auszustehen nicht vermag, siehet sich genöthiget, sowohl in der Verhörstube, wie in der Marter-Cammer zu bekennen, was er nicht gethan, und Umstände zu erdichten, die seine Angaben glaublich machen, wie denn häufige Exempel solcher ratificirten Geständnisse vorhanden, welcherwegen unschuldige Leute auf das elendeste hingerichtet sind. Die peinliche Halsgerichts-Ordnung erfordert zur Erkanntniß der Todesstrafe, daß ein Verbre-

chen

chen völlig erwiesen, oder der Inquisit zur Zeit der Execution dessen geständig ist (b). Sehr wohl sch[illegible] der scharfsinnige GRIEBNER *de Repetitione tormentorum confesso inficiante* §. 16.: Credulitas judicum non sufficit ad interficiendum hominem. Ita imposterum plures absque tormentis ultimo sine mora supplicio afficientur, imo omnes quotquot valde criminis sunt suspecti. Miseros homines, quorum innocentia, vita, salusque ab opinione & præsumtione judicis pendet. Jus nostrum non patitur, ob suspiciones quemquam necari, neque integrum est judici juxta conscientiam suam sententiam dicere, nedum secundum probabilitatem. Ich habe in meiner Rechtlichen Bedenken *II.* Theil es deswegen für besser gehalten, die Tortur als eine Todesstrafe wegen starken Verdachts zu erkennen, weil, wenn der Inquisit schuldig ist, und durch die Marter sein Geständniß nicht erpresset wird, man denselben gemeiniglich dadurch hart genug, und dergestalt bestrafet hat, daß es ihn und andere abschrecken kann, Missethaten zu begehen. Im Fall er aber unschuldig, so ist es härter, selbigen sogleich zum Tode, als zur Tortur zu verdammen, weil ihm lezteren Falls die Wahl verbleibet, ob er sterben, oder sich foltern lassen will.

(a) HAMM *de Ratificatione Confessionis in tormentis factæ* §. 12.

(b) RIVINUS *de Effectu confessionis superatis tormentis sponte factæ* §. 23. BOEHMER *ad Carpzov* Qu. 125. Obs. 7.

§. II.

Worüber sollen denn aber die Rechtsverständige erkennen? Darüber: Ob das Bekänntniß dergestalt beschaffen, und solche Umstände es begleiten, daß die Tortur vermindert oder vermehret werden, oder auch gar unterbleiben könne, als welches nach Verschiedenheit der Umstände zu verfügen.

Ein Anschein habender Einwurf ist es, daß die Ratification der Urgicht nichts helfe, wenn sie widerrufen werden könne, und es sey gläublich, daß der zweiten Tortur ungeachtet der Inquisit abermals verneinen werde, was er gestanden. Allein die Ratification wird deswegen erfordert, damit man wisse, ob ein Endurthel abgefasset, und zur Execution geschritten werden könne. Wenige Menschen vermögen die Marter dreymal auszustehen. Wenn dieses geschiehet, so ist, wie ich eben gesagt habe, des Inquisiten Uebelthat gemeiniglich hart genug geahndet, und solche Ahndung kann andere von Missethaten hinlänglich abschrecken. Wenn nur dieses geschiehet, so bringet eine Milderung der Strafe dem gemeinen Wesen keinen Nachtheil. S. dieser Rechtlichen Bedenken I. und II. Theil.

§. III.

Zwar heisset es in der Chur = Braunschweigischen Criminal = Instruction, C. XI. §. 19. : Im Fall der Gefangene, wenn er zur Ratification seiner Urgicht vorgefordert worden, sein Geständniß revociren, und die Heftigkeit der Schmerzen, oder andere Ursachen vorwenden sollte, müssen diese leztere, wo sie nicht von offenbarer Unerheblichkeit, aufs fleissigste untersuchet, und alsdann die abgehaltene Protocolla an unsere Justitz = Canzeleyen zu fernerer Verordnung eingeschicket werden.„ Hieraus mögte man folgern, daß auf den blossen Vorwand der Schmerzen nicht, sondern nur auf andere Ursachen des Widerrufs zu achten sey. Jener kann auch den Unterrichtern, denen die Instruction vorgeschrieben ist, zu keiner fernern Untersuchung Anlaß geben. Daß aber die Justitz = Canzleyen einen solchen Widerruf, als wenn er nicht geschehen, ausser Acht lassen sollen, wird keinesweges verordnet, und niemand hält dafür, daß wenn er vor der Ratification geschiehet (von welchem Fall daselbst die Rede) ein Todesurtheil auf das durch die Folter erpresste widerrufene Bekänntniß gegründet werden könne.

§. IV.

Auch diejenige, so die Ratification für hinlänglich halten, den Inquisiten mit der Todesstrafe zu belegen, erfordern jedoch eine solche, welche ohne alle nahe Furcht geschehen, anderweit gefoltert zu werden (a), dergestalt, daß ein Widerruf das Bekänntniß entkräftet, wenn der Inquisit geglaubet, man mache Anstalt, abermals wider ihn zur Tortur zu schreiten (b), oder wenn ihm auch nur die Marterbank zu Gesicht kommen (c). Joseph Meineke suchte seinen Widerruf eines auf der Folter und einige Tage nachher gestandenen Diebstahls damit zu rechtfertigen, daß er kurz vor der Ratification ein Geräusch in der Marterkammer gehöret, und daher befürchtet hätte, man würde ihn wieder peinigen, wenn er das auf der Folter Gestandene leugnete. Der Gefangenwärter bezeugte auch, daß selbiger diese Furcht geäussert, er ihm jedoch solche zu benehmen gesuchet habe. Der Inquisit konnte aber glauben, daß der Gefangenwärter die Wahrheit verheelte, oder auch nicht wisse, was geschehen solle, und ihm war, wie den mehresten Menschen, vermuthlich unbekannt, daß man zu der Tageszeit, wie er zum Verhör geführet wurde, niemand zu foltern pfleget, wie denn auch die Bestimmung der Zeit von des Richters Willkühr abhänget (d), wenn die Landesgesetze hievon nichts verordnen. Sowohl über diese Frage, als über die vorhin abgehandelte, waren die Meynungen der Richter

sehr

sehr unterschieden, darin aber alle einig, daß, bey bewandten Umständen, des Inquisiten Verdammung in die Karre auf Lebenszeit der Königl. Landes-Regierung anzurathen sey.

(a) DAMHOUDER *Prax. Crim.* c. 54. n. 17. CARPZOV *Prax. Crim.* Qu. 117. n. 44. DONDORF *de Revocatione confessionis per tormenta exortæ* §. 61.

(b) RIVINUS *de Effectu Confessionis superatis tormentis sponte factæ* §. 23.

(c) DAMHOUDER *d. l.* n. 18. HOMMEL *de Ratificatione Confessionis per tormenta extortæ* §. 15.

(d) WILDVOGEL *de Arbitrio Judicis circa torturam* c. 6. §. 2.

LXXXIII. Bedenken.

Das unbeschworne Zeugniß eines Bedienten von Dingen, die sein Amt angehen, verdienet völligen Glauben.

Verschiedene Leute, die währenden letztern Krieges bey der Armee für Geld Fuhren gethan, forderten von dem Stallmeister, der sie gelohnet hatte, einen Rückstand ihres Lohns. Dieser aber wandte ein, es rühre solcher daher, daß ihnen wegen des Geschirrs, Wagenschmiers und Hufschlages, wofür sie stehen müssen, Abzüge gemachet worden, und wollte solches mit dem Zeugnis, des Amtschreibers Rudorf, dem die Besorgung des Fuhrwesens aufgegeben worden, erweisen, welches die Kläger zum Beweis für unzulänglich hielten.

Die Zeugnisse in Eid und Pflichten stehender Bedienten von Dingen, welche ihr Amt betreffen, verdienen aber allerdings völligen Glauben, wenn sie gleich unbeschworen sind (a). Ja man versaget ihn den Gerichtsdienern und Boten nicht (b), bevorab wenn glaubwürdige Dinge bezeuget werden (c). Nun muß gemeiniglich derjenige, der für Geld Fuhren thut, alles anschaffen, was erfordert wird, um solche verrichten zu können, daher es unglaublich war, daß man die Kläger dieser Last entlediget hatte.

Zwar wendet LEYSER *Spec.* 288. *Med.* 4. 5. dawider ein, Testimonium officialis jurati saltem depositioni unius testis omni exceptione majoris esse æquiparandum, cum non plene credendum unius hominis testimonio, quantæcun-

que foerit autoritatis per L. 9. §. 1. C. de Teſtibus cap. 11. X. de Probationibus & cap. 28. X. de Teſtibus. Aber dieſe Geſetze handeln von den Zeugniſſen, welche Richter, als Privat-Leute, abgeben, und nicht davon, wenn ſie bezeugen, was vor ihnen, als Bedienten, geſchehen iſt (d). Es widerſpricht auch LEYSER ſeiner Lehre, wenn er *Spec.* 473. *Med.* 4. 5. 6. behauptet, daß die vor einen Commiſſario geſchehene Geſtändniſſe durch deſſen Zeugniß hinlänglich erwieſen werden, wenn er auf ſein Amt vereidet iſt, ja daß ſogar die Relation eines Gerichtsdieners völligen Glauben verdienet. Die Rechnungen eines Bedienten müſſen jedoch mit deſſen Eide beſtärket werden, wenn ſie zwar glaubwürdige Dinge enthalten, jedoch was darin verzeichnet iſt, des Rechnungsführers Ausgabe bezeugen ſoll, und alſo zu deſſen Beſten gereichet (e). Daher wurde erkandt, daß Beklagter durch ſeine mittelſt Eides zu beſtärkende Manualien darzuthun habe, wie viel den Klägern an ihrem Lohn abgezogen worden.

(a) BOEHMER *J. E. P.* Lib. 2. Tit. 20. §. 23. 37. & Tom. 2. Reſp. 358. n. 9. HERTIUS Vol. II. Dec. 851. n. 3. MEYER *de Uno teſte plene probante* cap. II. th. 4. Dieſer Rechtlichen Bedenken I. und IIten Theils.

(b) BRUNNEMANN ad L. 5. *ff. de Rebus eorum, qui ſub tutela &c.* n. 10. HORN *de Probatione plena per unum teſtem* c. 2. th. 24.

(c) BOEHMER *Conſult.* Tom. II. d. l.

(d) SPECKHAHN Cent. I. Qu. 5. n. 7. 8.

(e) Dieſer Rechtlichen Bedenken II. Theils.

LXXXIV. Bedenken.

Wie fern in Teutſchland der Landesherren geſetzgebende Gewalt von ihren Landſtänden eingeſchränket wird, und wer die darüber entſtandene Streitigkeiten zu entſcheiden hat.

§. I.

Wenn der Landesher neue Geſetze machen will ſo wird nur der Land-

Vielfältig ſind in Teutſchland Landesgeſetze mit der Stände Rath und Bewilligung verfaſſet, weswegen die Frage entſtehet: Ob in ſolchen Ländern ohne derſelben Gutbefinden der Landesherr nichts neues verordnen könne? Meines Ermeſſens mag man dieſes gemeiniglich nur behaupten, wenn etwas der

Stande

Stände und des Volks in den Reichs-Constitutionen, oder besondern Verträgen und Privilegien gegründeten unwiderruflichen Rechten zuwiderlaufendes eingeführet werden will. Wenn z. E. die im Reichsabschied von 1654. §. 113. in gewissen Fällen zum Besten der Unterthanen den Richtern befohlene Verschickung der Acten eingeschränket, oder denen Gutsherren das hergebrachte Recht ihre säumige Meyer und Zinsleute durch Pfandungen zu nöthigen, die schuldige Abgiften zu liefern, wegen des besorglichen Mißbrauchs, ihnen durch neue Gesetze genommen werden wollte, so setzet sich die Landschaft billig dawider, und ihr muß richterliche Hülfe angedeyen, dafern derselben Vorstellungen bey der Landes Herrschaft kein Gehör finden. Machet aber diese, in der Absicht das gemeine Beste zu befördern, Verfügungen, welche niemandens unwiderrufliche Rechte schmälern, die Landstände zögen jedoch deren Nutzen in Zweifel, und widerriethen die Neuerung, alsdenn ist der Landesherr unverbunden ihrem Rath zu folgen. Er kann ohne deren Genehmigung den Proceß abkürzen, die Liturgie in der Kirche, deren Haupt er ist, jedoch ihren Lehrsätzen gemäß, verbessern, manche bey den Zünften eingeschlichene Mißbräuche abstellen ꝛc., wenn gleich die Kirchen-Policey und Gerichtsordnung mit Zuziehung der Stände abgefasset worden. Denn dadurch, daß ihr rathsames Bedenken erfordert, auch vielleicht selbigen gemäß eine Ordnung beliebet ist, hat sich der Fürst des Rechts nicht begeben, selbige nach Gutbefinden zu ändern. Weil dergleichen Gesetze gemeiniglich ein und anders enthalten, welches der Stände und Unterthanen Rechte schmälert, oder doch zu schmälern scheinet, und dann dieses, obangeführten nach, wider ihren Willen nicht geschehen mag, so wird deswegen in mancher Ordnung gesagt, sie sey mit der Landschaft Rath und Bewilligung abgefasset, nemlich mit deren Rath dasjenige, so der Landesherr willkührlich verfügen kann, und mit ihrer Bewilligung, was derselben unwiderrufliche Rechte betreffendes, darinn enthalten. Die Praxis des teutschen Reichs bestärket diese Lehre, und sowohl der Kayserl. Reichshofrath, als das Kayserl. Cammergericht legen sie zum Grunde ihrer Erkenntnisse In Mecklenburg sind die Landesgesetze mit Rath und Bewilligung der Ritter- und Landschaft abgefasset (a). Als darüber ein Streit entstunde, wie fern des Landesherren gesetzgebende Gewalt von dieser eingeschränket werde, erkandte der Kayserl. Reichshofrath am 9ten Octobr. 1724. „daß ohne der Ritter- und Landschaft vorhergehende Einwilligung in denen Landes-Constitutionen etwas, so derselben Privilegiis, Landesverträgen, und Herkommen, denen Reichssatzungen, Kayserl. Verordnungen und Fürstl. Resolutionibus, einfolglich ihren dadurch erlangten Recht zuwider, keinesweges zu verordnen, noch also denenselben etwas neuerliches aufzuerlegen (b).„ Hinge-

stände Einwilligung erfordert, dafern selbige ihre unwiderrufliche Rechte schmälern sollen.

gegen wird daselbst von andern Constituitonen verordnet, „daß in Ecclesiasticis, imgleichen Lehn-Justitz Policey- und andern dahin gehörigen Sachen, und überhaupt keine allgemeine Landesordnungen ohne der Ritter- und Landschaft, oder wenigstens, wenn Periculum in mora, derer Landräthe und Engern Ausschusses vorgängige Zuziehung zu errichten, sondern vor der Publication diese mit ihren Monitis oder rathsamen Bedenken und Gutachten nothdürftig zu hören, und darauf vom Herrn Herzog billigmässige Landesväterliche Reflexion zu machen.„ Da denn keine Einwilligung der Stände, sondern eine Landesväterliche Reflexion erfordert wird, wenn nemlich der Herr Herzog die Monita gegründet zu seyn findet. Deswegen heisset es in dem Mecklenburgischen Erbvergleich vom 18ten April 1755. §. 197.: „Wir wollen übrigens auf der Ritter- und Landschaft oder der Landräthe, und des Engern Ausschusses Vernehmlassung und Erinnerungen alle billigmässige Landesväterliche gnädigste Aufmerksamkeit wenden, und im Werk spüren lassen, jedoch unsern Landesfürstl. hohen Juri statuendi nichts vergeben„ Eben also siehet man die Sache beym Kayserl. Cammergericht an, und der Herr B. von CRAMER in den Wetzlarischen Nebenstunden Part. VII. schreibet: „Es komt darauf an, daß genau untersucht werde, ob die von dem Landesherrn oder dessen Regierung intendirte Verordnung- oder Veränderungen, wenn sie auch gleich das gemeine Wesen betreffen, also beschaffen sind, daß dadurch die Unterthanen ihre Jura quæsita nicht verlieren, noch an ihren Privilegiis und Freyheiten gekränket werden? Geschiehet dieses nicht, so hat der Landesherr freye Hände circa statum publicum zu ordiniren, was und wie er will, weil er nemlich liberrimus arbiter causarum politicarum, qua talium ist, und wovon er keine Red und Antwort, an wem es auch sey, zu geben hat.„ Was kann selbiger aber neues verordnen, wann er niemanden das zur Zeit der promulgirten Constitution gehabte Recht nehmen darf? Durch das Jus quæsitum ist also nur dasjenige zu verstehen, welches durch die Reichsgesetze und mit der Landesherrschaft errichtete Verträge erworben ist, wie auch solches von dem Herrn Cammergerichts-Assessore Part. 35. also erkläret wird.

(a) Justissimæ Decisiones imperiales in causis Mecklenburgicis Class. II. Tit. IV.

(b) Reichshofraths-*Conclusa* Part. II. Concl. 215. num. 10.

§. II.

Ob eine vorgängige Communi-

Ist aber vor der Promulgation eines Gesetzes der Landstände Gutachten jedesmal zu erfordern? In dem Mecklenburgischen Erbvergleich §. 195. 196. heisset

heisset es hievon: „Wann nun in jenen gleichgültigen, es sey in Justiz-Policey- und Kirchensachen, oder worin es wolle, von uns und unsern Nachkommen eine allgemeine Landesverordnung und Constitution zu erlassen ist, so sollen die von Ritter- und Landschaft auf öffentlichen allgemeinen Landtagen, oder wenigstens, wenn Periculum in mora, die Landräthe und der ganze Engere Ausschuß darüber mit ihren rathsamen Bedenken und Erachten vernommen werden. Bevor solches erstattet ist, ergebet die Publication der Verordnung nicht. Würde aber das erforderte Bedenken in der dazu von uns gesetzten räumlich zu gönnenden Zeit nicht eingehen, so bleibet uns mit der Publication, dessen ohnerwartet, zu verfahren allerdings frey und unbenommen.„ In verschiedenen andern Ländern wird solches nicht immer erfordert. Siehet man die viele Collectiones der Landgesetze, auch derjenigen Länder ein, in welchen öfters, mit Zuziehung der Stände, Gesetze verfasset worden, so ergeben selbige, wie eine grosse Anzahl gemachet ist, ohne daß sie vorgängig darüber vernommen worden. Wenn die Sache Aufschub leidet, und Zweifel entstehen können, ob die neue Verordnung heilsam, oder auch jemandens Recht kränket, alsdenn ist es allemahl der Klugheit gemäß, von ihrer Publication der Landstände Gutachten zu erfordern. Dadurch wird manche Zwistigkeit vermieden, und manches erstattete rathsame Bedenken hat die beste Wirkung gehabt. Wenn aber wider das Gesetz an sich nichts eingewandt werden kann, so verbindet es die Unterthanen, ohnerachtet die Landstände darüber nicht zu Rath gezogen worden, dafern keine Verträge oder das Herkommen, eine vorgängige Communication mit denenselben erfordern.

cation mit denenselben jedesmal erfordert wird?

§. III.

Ich habe im §. I. bemerket, daß wenn die Rechte der Landschaft durch ein neues Gesetz geschmälert werden, ihr richterliche Hülfe angedeihen müsse. Dieses veranlasset die Frage: Welchen Gerichten die Entscheidung der über die Schranken der höchsten Gewalt, und deren vorgegebenen Mißbrauch erregten Streitigkeiten zustehet? Bekanntlich ist ein teutscher Fürst in erster Instanz vor den Austrägen zu belangen. Ich habe aber in dem Unterricht von Regierungs- und Justiz-Sachen *Sect.* 3. §. 12. dargethan, daß in den mehresten Ländern die Irrungen, worin die fürstliche Cammergüter und Aemter mit den Unterthanen gerathen, vor den ordentlichen höhern Landesgerichten erörtert werden, und man mögte vermeynen, daß solches ohne Ausnahme in allen zwischen dem Landesherrn und seinen Unterthanen eine richterliche Entscheidung erfordernden Rechtshändeln geschehen müsse, bevorab in den Ländern, worinn ein höchstes Gericht, anstatt der Reichsgerichte, angeordnet worden.

Die Schranken der Landeshoheit zu bestimmen, stehet vermöge des allgemeinen Staats-Rechts keinen Richtern zu, welche Unterthanen sind.

Ich

Ich halte aber dieſes nicht dafür, weil es 1) den Grundſätzen des allgemeinen Staatsrechts, 2) dem Teutſchen Herkommen, und 3) der gemeinen Wohlfahrt zuwider läufet.

Die höchſte Gewalt bleibet 1) eine ſolche nicht, wenn ſie von ihrem Thun und Laſſen Unterthanen Rede und Antwort geben muß. Hat ein aus denenſelben beſtehendes Collegium das Recht zu beurtheilen, welchergeſtalt die wichtigſte Hoheits-Rechte auszuüben, ſo iſt ſolches in der That Landesherr. Mit eben dem Recht, womit es ein neues Geſetz in Kirchen-, Juſtiz- und Policey-Sachen aufhebet, kann es auch das Quantum der zu erlegenden Steuren beſtimmen, und die ſo oft entſtehende Frage entſcheiden: Ob eine wahre Nothwendigkeit erfordert, daß man die Unterthanen damit beläſtige, und ob ſie ein mehres Behuef der Armatur aufbringen müſſen, als die Reichs- und Crais-Schlüſſe erfordern? Der Leidenſche Herr Profeſſor PESTEL *de Re judiciaria in monarchiis conſtituto* §. 5. ſchreibet hievon: De lite, quæ ex opinato aut vero abuſu imperii ſummi naſcitur, non judicat magiſtratus ad jus dicendum in monarchiis conſtitutus, und mir iſt kein Reich bekannt, in welchem einem Gerichts-Hofe ſolche Gewalt zuſtehet. Die Parlamenter in Frankreich haben nicht durch Rechtsſprüche, ſondern durch die verweigerte Regiſtrirung der Königl. Edicte ſich dieſe Gewalt angemaſſet, und weil es zum Beſten des Volks geſchahe, ſo durfte der König, um Aufruhr zu vermeiden, ihre vielfältig wohlgegründete Remontrances nicht immer auſſer Acht laſſen. Ihnen iſt jedoch am Ende eine ſo nachdrückliche Weiſung geſchehen, daß ſie ſich in den Schranken der richterlichen Gewalt halten, und die geſetzgebende dem König und ſeinem Staats-Rath werden überlaſſen müſſen.

§. IV.

Noch auch vermöge des Teutſchen Herkommens und der Landes-Geſetze.

Was 2) inſonderheit Teutſchland betrift, ſo hat man zwar vor Alters behaupten wollen, daß der Pfalzgraf Richter über den Kayſer ſey, wovon Herr von OLENSCHLAGER in der Erläuterung der güldenen Bulle §. 43. ſchreibet: „In den meiſten Europäiſchen Reichen, die von Teutſchen Völkern geſtiftet worden, fanden vormahls dergleichen noch rohe Einrichtungen Statt, um die Völker wegen der Aufrechthaltung ihrer Freyheiten und Geſetze zu ſichern.„ Er bemerket jedoch, daß man dieſes unerhörte Vorrecht im Reich, wo nicht für ganz unerfindlich, wenigſtens für ſehr ungewiß angeſehen habe; deſſen Ungrund von dem Herrn B. von SENCKENBERG in ſeiner Fabula judicii Palatini dargethan worden. Daß Chur- und Fürſten, anſtatt ſich von den Austragen beur-

theilen

theilen zu lassen, vor ihren eigenen Gerichten Recht zu nehmen schuldig, solches muß sich in dem allgemeinen Teutschen Herkommen oder besondern Landesgesetzen gründer. Beyde darf man ohne Nothwendigkeit nicht ausdehnen. Vermöge des Herkommens, sind die über die Schranken der Landeshoheit in Teutschland vielfältig entstandene Streitigkeiten gemeiniglich vor keinem Landes-Gericht proceßmässig erörtert, sondern, wenn auf die übergebene Gravamina der Landstände eine widrige Landesherrliche Resolution ertheilet worden, so haben sie von einer solchen, als von einem Gravamine extrajudiciali, an die höchste Reichsgerichte appelliret, und deren Entscheidung die Sache übergeben, oder Mandata S. C. auszubringen, und dadurch das Forum zu begründen gesuchet, wie ich denn zweifle, daß Exempel solcher von den Landes-Gerichten entschiedenen Sachen beygebracht werden können, wenn gleich der Landesherr mit einem Privilegio de non appellando versehen ist. Was aber die Landes-Gesetze anbelanget, so ist mir noch keines zu Gesicht kommen, welches Richtern, die Unterthanen sind, die Erkänntniß darüber einräumet: Ob die höchste Gewalt vom Landesherrn gebührend ausgeübet, oder gemißbrauchet worden? Die Appellations-Gerichte hat man angeordnet, damit den Unterthanen die Instantz verbleibe, welche sie vor Ertheilung des Privilegii de non appellando bey den höchsten Reichs-Gerichten hatten. Diese behalten dieselbe, wenn gleich der Landesherr in denen die Landeshoheit betreffenden Sachen, nur vor den Austrägen und höchsten Reichs-Gerichten dergestalt Recht nimmt, wie er es vorhin gethan. Es läufet auch aller rechtlichen Vermuthung zuwider, daß der Kayser die Privilegia de non appellando so weit ausgedehnet habe, daß den Reichs-Gerichten alle Cognition in den Streitigkeiten derjenigen Landesherrn, welche dieselbe erhalten, mit ihren Ständen und Unterthanen entzogen, folglich die Kayserliche Gewalt in Teutschland beträchtlich geschmälert worden, dessen Gegentheil das Erkänntniß des Kayserl. Reichs-Hofraths in der Ostfriesischen Sache ergiebet, welches dem Hofgericht sich einiger Cognition über die ausgehende Fürstl. Verordnungen, oder sonst einer Einschränkung der Landes-Fürstlichen Obrigkeit anzumassen untersaget (a), mithin darüber zu urtheilen den Austrägen und höchsten Reichs-Gerichten vorbehält.

(a) Meine Neben-Stunden Part. III. XIII. Abhandlung §. 5.

§. V.

Hat aber ein Reichsstand wohl Ursach, sich lieber den Erkänntnissen auswärtiger Richter, die von ihm nicht abhängen, als seiner Räthe, denen er Gutes

Es ist nicht heilsam, solche Fra-

gen von den Landes-Gerichten entscheiden zu lassen.

Gutes und Böses erweisen kann, zu unterwerfen? Diese sind vermögender die Rechtshändel bald zu entscheiden, als jene. Wäre es nicht sehr heilsam, wenn sich nur solche Gesetze in einem Staat fänden, welche von geschickten, redlichen Männern, nach der genauesten gewissenhaftesten Prüfung, gebilliget worden. Herr B. von CRAMER lehret in seinen Wetzlarischen Nebenstunden *Part. I.* „es folge aus des Kayfers Reichs-Obrist Richterlicher Gewalt, daß wenn eine Obrigkeit sich ihres Amts mißbrauchet, dagegen die behörige Einsicht vorgekehret, und solche Mängel abgestellet werden müssen;„ imgleichen *Part. XI.* daß es auf einen Abusum juris conservandi & ordinandi rempublicam hinaus laufe, wenn der Stadt-Rath in seinem Bericht keine Rationem politicam anführen könne, warum er jemanden das Bürger-Recht versaget; „auch *Part. VII.* „so bald die Unterthanen dem Landesherren die Befugniß streitig machen, im Policeywesen etwas zu verordnen oder zu verändern, so ihnen an ihren Juribus quæsitis und Privilegiis præjudiciren könnte, so bald degenerire die Policey-Sache in eine Justitz-Sache, welche von einem ordentlichen Justitz Collegio entschieden werden müsse.„ Wie mancher Recurs an die höchste Reichs-Gerichte ist demnach zu erwarten, wenn man in dergleichen Sachen den Unterthanen die Thür zu den Landes-Gerichten verschliesset? Erlangen nicht solchergestalt jene einen grossen Theil an der innerlichen Regierung des Landes? Die Erfahrung lehret, wie sehr das Landesherrliche Ansehen darunter leidet, wenn Stände und Unterthanen ihre Beschwerden vielfältig an die höchste Reichsgerichte bringen.

Ich antworte hierauf 1.: Die Wohlfahrt des Staats verstattet keine Processualische Weitläuftigkeiten bey Abfassung der Gesetze. Es ist kaum möglich eines zu machen, welches allen gefällt. Wird der Verkauf ausländischer Waaren verbothen, um denen im Lande fabricirten Debit zu verschaffen, so verliehret der Kaufmann, welcher bisher mit jenen gehandelt hat, oft beträchtlich. Das Verboth Korn aus dem Lande zu führen, und Brantewein zu brennen, kann manchen an den Bettelstab bringen. Sonder Zweifel suchet ein solcher zu behaupten, seine natürliche Freyheit werde ohne Nothwendigkeit geschmälert, und man muß ihn damit hören, wenn die Richter über den Misbrauch des juris ordinandi rempublicam zu erkennen haben, wie es auch von den Reichs-Gerichten wohl geschehen (a). Sollen die Verordnungen unvollstrecket bleiben, bis der Proceß geendiget ist, so kann dadurch dem gemeinen Wesen der gröste Nachtheil zugezogen werden. Vielleicht versaget man aber dem Kläger eine Inhibition. Reserviret ihm aber die Schadloshaltung, wenn er obsiegen sollte. Allein auch dieses würde viele bestgemeynte und den Regeln der

Klugheit

Klugheit gemässe Verordnungen behindern. In Staats- und Policey-Sachen haben, unerwarteter Begebenheiten halber, die vernünftigste Vorkehrungen oft eine widrige Wirkung, und wenn der Gesetzgeber denjenigen schadlos halten soll, welchem er durch eine Verordnung geschadet hat, so wird er sich nicht leicht in diese Gefahr setzen. Ich zweifele keinesweges, daß die Räthe lieber für als wider ihren Herren erkennen. Aber solches kann selten so schleunig geschehen, als es die Beschaffenheit vieler Sachen erfordert, und es gereichet immer zur Schmälerung der Autorität des Landesherrn, wenn seine Gesetze ihn in viele Rechtshändel mit den Unterthanen verwickeln, und er wohl gar schuldig erkannt wird, selbige zu ändern, welches geschehen kann, dafern Policey- Sachen in Justiz-Sachen verwandelt werden, so oft jemand darüber klaget, daß ihm vom Gesetzgeber ein Recht entzogen worden, welches er vorhin gehabt; daher denn auch in Sachen die vor die Landes-Gerichte gehören, deren Remissio ad Austregas von den Amts-Anwälden nicht selten, ob wohl widerrechtlich, und vergebens begehret worden (b). 2. Sind die beste Richter öfters unvermögend zu beurtheilen: Ob eine Landesherrliche Verordnung der Wohlfahrt des Landes gemäß ist oder nicht? Ich habe oben im III. Bedenken angemerket, daß ein Landesherr die richterliche Hülfe seinen Unterthanen versagen könne, wenn sie ihnen nicht angedeihen mag, ohne dem Staat grossen Nachtheil zuzuziehen. Ob solcher zu befürchten, ist den Richtern vielfältig unbekannt, die nicht wissen, in welchem Vernehmen man mit andern Königen und Fürsten lebet, wie sehr oder wenig ihr Herr deren Freundschaft bedarf, und ob diese wohl durch ein richterliches Verfahren veranlasset werden mögten, wider ihn oder seine Unterthanen Repressalien zu gebrauchen, oder sonst dem Lande empfindlichen Schaden zuzufügen. Dieselbe können auch nicht zuverlässig in Erfahrung bringen, ob z. E. in grossen Handel-Städten ein solcher Vorrath oder Mangel an Korn vorhanden, daß ein übermässiger Preiß zu vermuthen oder nicht, und es also nöthig oder unnöthig, einen Zuschlag zu verfügen, wovon die Landes-Regierung, durch ihre überall habende Agenten und Correspondenten, Nachrichten einziehet.

Was aber 3. den Recurs an die Reichs-Gerichte anlanget, so ist solcher allerdings erlaubet, wenn ein Reichsstand zur Beförderung des Cameral-Interesse, oder auch um den Unterthanen wehe zu thun, deren Freyheit schmälert, keinesweges aber, wenn er in der besten Absicht eine den Verträgen nicht zuwiderlaufende Verordnung machet von den Unterthanen aber deren Nutzen in Zweifel gezogen wird, und die Reichs-Gerichte der leztern Meynung billigen. Diese sind bestellet, um Recht und Gerechtigkeit zu handhaben, keinesweges aber

um Gesetze zu machen, und zu bestimmen, was Land und Leuten das Nützlichste ist. Sonst würde die Landeshoheit wenig bedeuten. Mein II. Bedenken in diesem III. Theil ergiebet, wie unterschiedene Meynungen davon geheget worden: Ob bey einer Münzveränderung das empfangene Geld nach dem äusserlichen oder innerlichen Werth, den es zur Zeit des Empfangs gehabt, wieder bezahlet werden müsse? Diejenige, welche der Gesetzgeber billiget, darf kein Reichs-Gericht durch Rechtssprüche verwerfen, wenn es gleich anders denket als er. Ist also ein Fürst seiner Stände und Unterthanen Rechte zu kränken, und wider die Landes-Verträge zu handeln nicht gemeynet, so können sich wenig Fälle begeben, da ihm angemuthet werden mag, vor den Reichs-Gerichten mit ihnen über die Schranken der Landeshoheit Processe zu führen.

(a) Herr B. von CRAMER in den Wetzlarischen Nebenstunden Part. 41. *Justissimæ Decisiones imperiales in Causis Mecklenburgicis* Class. II. Tit. 12.

(b) Mein Unterricht von Regierungs- und Justitz-Sachen §. 12. lit. n.

LXXXV. Bedenken.

Das Geld, womit ein Bruder dem andern seinen Antheil des Lehns bezahlet hat, können die Lehnsfolger nicht zurück fordern, wenn der Verkäufer keine männliche Erben hinterlässet.

Es hatte der Stallmeister Stegemann seinem Bruder dem Zollverwalter zu Hoya den ihm zustehenden halben Theil des gemeinschaftlichen Lehns zu Dorgeloh im Amt Ehrenburg für 500. Rthl. verkauft, und ihm der Käufer eine Obligation darüber ausgestellet. Als des Verkäufers hinterlassene Wittwe und Erbin demselben dieses Capital beloosete, verweigerte er die Bezahlung, weil der Verkauf ohne Lehnsherrlichen Consens geschehen.

Nun leidet keinen Zweifel, daß man dessen nicht bedarf, wenn ein Vasal dem nächsten Agnaten das Lehn refutiret (a). Ja es mag auch einem entferntern übertragen werden, so lange der Verkäufer und seine männliche Erben fürhanden (b).

Wenn das Lehn auf den abgelegten Bruder vererbet wird, alsdenn muß zwar dieser die zu seiner Ablage gemachte Schulden übernehmen, weil er sonst zugleich Rem & pretium erhielte (c). Aber eine andere Bewandniß hat es, wenn

wenn der Verkäufer ohne männliche Erben stirbet. Solchenfalls gebühret das Kaufgeld dessen Allodial-Erben, wenn es nicht durch einen Vertrag den Lehnsfolgern bedungen worden (d). Wer einen Antheil Lehns von seinem Miterben kaufet, muß es sich beymessen, daß ein solcher Vertrag nicht errichtet worden. Vielfältig unterbleibet es aber mit gutem Vorbehalt, weil nemlich der Verkäufer eine mässige Abfindung annimmt, um von selbiger nach Willkühr disponiren, und sein Glück damit machen zu können, welches, wenn die Güther mittelmässig, untbunlich ist, dafern er nur die Zinsen geniesset, und das Capital nicht angreifen darf. Es wurde daher von Königl. Hannöverscher Justitz Canzley am 14. Febr. 1767. erkandt: „Weilen klar versehenen Rechtens, daß dem nächsten Agnaten eine Refutatio feudi, auch ohne Lehnsherrlichen Consens, geschehen kann, und nicht verabredet ist, daß die für das verkaufte Lehn ausgelobte 500. Rthlr. auf die Lehnsfolger vererbfället werden sollen, so sind Imploraten schuldig selbige, samt rückständigen Zinsen der Klägerinn zu entrichten, auch ihr die verursachte Proceßkosten, nach deren vorgängiger Designation und richterlicher Mässigung, zu erstatten.

(a) ROSENTHAL de Feudis Cap. IX. Membr. I. Concl. 52. num. 8. HOFMANN Lib. III. Conf. 30 num. 4. WEBER de Refutatione feudorum imperii §. 17. HELLFFID Elem. jur. feud. §. 360.

(b) HARTMANN PISTOR Lib. II. Qu. 6. num. 20. STRUV *S. J. F.* Cap. XII. §. 4. WEBER *d. l.*

(c) Dieser Rechtlichen Bedenken I. Theils.

(d) CARPZOV Part. III. Const. 30. Def. I. STRUV *S. J. F.* Cap. IV. §. 4. J. H. BOEHMER Tom. I. Part. II. Resp. 64. num. 32. 33. 34. G. L. BOEHMER *Princip. jur. feud.* §. 78. BALTHASAR *de Pecunia feudali* Cap. I. §. 3.

LXXXVI. Bedenken.

Wer eine Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten, aber behindert worden, es errichten zu lassen, ist des Erblassers Schulden aus dem seinigen zu bezahlen unverbunden.

Titius hatte seines Bruders Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten, aber keines errichten lassen. Als nun die Verlassenschaft zu Bezahlung der Schul-

den des Erblassers nicht hinreichte, mutheten dessen Gläubiger dem Erben an, daß er sie befriedigen solle. Es leidet auch keinen Zweifel, daß das Beneficium inventarii demjenigen nicht angedeihet, der verabsäumet hat, eines verfertigen zu lassen (a), massen die Specificatio jurata nur gegen Miterben, nicht aber gegen Gläubiger und Legatarios gleiche Wirkung hat (b). Ein solcher Erbe verlieret die hergeschossene Begräbniß-Kosten, und muß des Erblassers Schulden aus dem Seinigen bezahlen, (c). Aber diese Regul leidet ihren Abfall, wenn jemand an der Errichtung eines Inventarii behindert worden, und also ausser Schuld ist (d), insonderheit aber wenn der Nachlaß nicht in seinen Händen gewesen (e). In dem gegenwärtigen Fall befande sich solcher grösten Theils zu Göttingen. Diese Stadt war damals von den Franzosen besetzet, und erlitte die gröste Drangsalen. Es lehret LEYSER *Spec.* 333. *Med.* 13., ein Vormund sey für entschuldiget zu halten, welcher zur Pestzeit kein Inventarium gemachet, inter solitos eo tempore tumultus, metus & anguſtias. Eben diese Behinderung ist zu Krieges-Zeiten vorhanden, welcher wegen man allererst am 10., 11. und und 12. May 1763. die versiegelte Sachen entsiegeln, und durch einen Notarium inventarisiren lassen. Es wurde daher Beklagter 1765. von angestellter Klage entbunden, weil er durch die Krieges-Läufte behindert worden, den Nachlaß seines Bruders in Besitz zu nehmen, mithin ein legales Inventarium errichten zu lassen. Als auch der Curator bonorum von diesem Spruch app llirte, versagte ihm das Königl. Ober-Appellations-Gericht die nachgesuchte Processe.

(a) LUDOLF Part. III. Obs. 246.

(b) Herr von PUFENDORF Tom. II. Obs. 101. §. 2.

(c) PEREZ ad Cod. Lib. VI. Tit. 30. num. 11. Herr von PUFENDORF *d. l.* §. 4.

(d) LYNCKER Vol. I. Resp. 5. num. 78.

(e) MEVIUS Part. VI. Dec. 180. num. 3.

LXXXVII. Bedenken.

Vom Nachlaß des Pachtgeldes, und der Ersetzung des dem Pächter im Kriege von den Feinden verursachten Schadens.

§. I.

Von dem Nachlaß des Pachtgeldes, welchen ein Pächter wegen erlittener Krieges-Schäden fordert, habe ich in des I. Theils IX. LXXXII. und LXXXIII. Bedenken bereits gehandelt. Ich will jetzt das daselbst gesagte bestärken, und noch einige Fragen erörtern, welche mir nachdem vorgekommen.

Die Krieges Lasten muß sowohl der Pächter als der Verpächter übernehmen.

Wider des MEVII Lehre, daß die Last der Lieferungen und Einquartirung sowohl der Verpächter, als Pächter tragen müsse, wendet Herr WINCKLER in der Abhandlung von Krieges-Schäden der Pächter und Miethsleute *Sect. II Cap. IV. num.* 39. 40. ein, es wären zu dieser Meynung keine Rechtsgründe vorhanden, sondern die Einquartirungs-Last treffe den Vermiether, auch in dem Fall, wenn die Soldaten sich mit Gewalt in das Grundstück einlegen. Was durch die Gewalt der Feinde geschiehet, gehöre zu den ohngefähren Zufällen, welche ordentlicher Weise der Grundherr zu tragen habe.

Nun muß dieser freylich den Schaden übernehmen, der seinem Landgut oder Hause vom Feinde zugefüget wird. Daraus folget aber keinesweges, daß er dem Pächter das Ungemach zu vergüten schuldig, welches dieser von selbigen erduldet hat. Den Franzosen war es ganz gleichgültig, ob der Pächter oder der Verpächter die Lasten trage, womit sie die Einwohner des eroberten Landes beschwerten. Ich weiß zwar kein Römisches Gesetz anzuführen, welches die gegenwärtige Frage entscheidet. Wegen der Römer Obermacht waren sie gemeiniglich Sieger, und führten in der Feinde Ländern Krieg. Daher entstund unter ihnen seltener, als heutiges Tages, die Frage, welchergestalt ihre Bürger die von Feinden denenselben aufgelegte Last unter sich zu vertheilen hätten? Die überwundene Völker beugten entweder ihre Hälse unter das Römische Joch, oder nicht. Erstern Falls gienge man sehr glimpflich mit ihnen um, und erschöpfte sie keinesweges durch Brandschatzungen; letztern Falls aber wurde das Land verheeret, und verlohr sowohl der Pächter als der Verpächter das Seinige. Die Eroberung machet den Sieger keinesweges zum Landesherrn, massen währenden Krieges die Pflichten der Unterthanen, womit sie dem rechtmässigen Herrn verbunden sind, nicht aufhören (a). Alles was selbige dem Feinde liefern und

leisten,

leisten, ist also eine Brandschatzung. Dadurch rettet der Pächter seine Haabseligkeit und der Verpächter die Gebäude. Jene ist vielfältig von mehrerem Werth, als diese, und sie läufet die größte Gefahr. Denn mit dem Plündern machet man den Anfang, und es geschiehet solches öfter, als Häuser angezündet werden. Wie mag denn ein Pächter mit Billigkeit begehren, daß der Verpächter, durch die Uebernehmung der Krieges-Lasten, das Seinige retten soll, ohne daß er darzu einen Beytrag thun dürfe? Allerdings sind solche Lasten den Casibus fortuitis beyzuzählen. Aber eben deswegen kann sich der Pächter derjenigen nicht entledigen, die ihn betroffen haben. Hätte der Feind oder auch die Unter-Obrigkeit die Krieges-Lasten so unbillig vertheilet, daß die Eigenthümer der Grund-Stücke solche allein tragen müssen, und die ihre Güther und Häuser pachtweise inne habende frey ausgegangen wären, so kann der rechtmässige Herr, wenn er wieder zum Besitz des Landes gelanget, den dadurch Beschwerten rechtliche Hülfe angedeihen lassen, und ihre Schadloshaltung verfügen, gleichwie er auch die Verbrechen, welche währender Invasion begangen sind, strafet, woran in gegenwärtigem Fall um destoweniger zu zweifeln, da sich die Franzosen nimmer eine Gerichtbarkeit in den Chur-Braunschweigischen Landen angemasset haben. Billig sollte auf den Werth der Gebäude und Haabseligkeit Rücksicht genommen werden, und nach deren Beschaffenheit der Beytrag geschehen. Weil es aber öfters überaus schwer fällt, selbigen ausfündig zu machen, so theilet man die Lasten zwischen den Pächter und Verpächter, oder machet sonst nach dem Verhältniß des erlittenen Schadens die Repartition, wie es die Königl. Hannöversche Justitz Canzley, besage meiner Rechtlichen Bedenken I. Theils LXXXII. Bedenkens, gethan, und das daselbst angeführte Erkänntniß hat die Wittenbergische Juristen-Facultät 1760. bestättiget. Herr WINCKLER kann es auch nicht misbilligen, da er *d. l. Sect. II. Cap. I. num.* 26. behauptet, „daß diejenige Obrigkeit der Billigkeit und den Rechten gemäß handele, welche die von dem Feinde ausgeschriebene Contribution nicht blos den Grundstück-Besitzern auferleget, sondern dieselbe durchgängig unter alle Bürger und Einwohner, folglich auch mit unter die Pächter und Miethleute eintheilet, indem dafür zu halten ist, daß durch die vom Feinde der Stadt oder dem Ort auferlegte Contribution und Brandschatzung nicht nur jener Grundstücke, sondern auch der übrigen Einwohner bewegliches Vermögen und Haabseligkeiten, Handlung und Gewerbe, samt der Möglichkeit und Gelegenheit sich zu ernähren, und durch Kunst und Fleiß etwas vor sich zu bringen, ja ihr Leben selbst erhalten worden sey.„ Eben diese Bewandniß hat es aber mit den übrigen Krieges-Lasten.

(a) Meiner

(a) Meiner Rechtlichen Bedenken Part. I., XXVI. Bedenken VOGT *de Lytro incendiario* §. 16. Sam. COCCEJUS *de Regimine usurpatoris rege ejecto* §. 17.

§. II.

Von denen den Feinden geleisteten Fuhren.

Sind die dem Feinde geleisteten Fuhren ohne Repartition gefordert, wenn nemlich alle vorhandene Pferde aufgebothen worden, so ist dieses nicht anders anzusehen, als wenn den Eingesessenen von dem Ihrigen etwas genommen wäre. Die Wittenbergische Juristen-Facultät erkandte 1760. in Sachen Matthäi wider die Stadt Hannover, „der dadurch erlittene Schade, daß der Kläger mit seinen Wagen und Pferden für die Französische Soldaten Kriegesfuhren thun müssen, sey pro casu fortuito zu achten, den er als Eigenthümer des Fuhrwerks über sich ergehen lassen müssen.„

Wenn aber die Last der Fuhren auf die Güther geleget worden, alsdenn sind selbige den Lieferungen gleich zu betrachten, und muß daher der Pächter sowohl, als der Verpächter diese Last übernehmen, weil auf den Weigerungsfall beyde Plünderung und Brand zu erwarten hatten.

§. III.

Ob einem Pächter wegen erlittener Kriegesschäden Nachlaß angedeihen muß, wenn er währenden Krieges gepachtet hat?

In Sachen Kast wider die Cämmerey der Stadt Northeim, welche jenem einen Krug verpachtet hatte, wendete diese ein, der Pacht-Contract sey zu Krieges-Zeiten errichtet, und der Pächter müsse es sich beymessen, daß er zu einer so gefährlichen Zeit gepachtet habe, nach der Lehre des Herrn WINCKLERS *d. l. Sect. I. Cap. II. num.* 175. *Sect. II. Cap. IV. num.* 41. Gleichwie aber demjenigen, wegen Mißwachs, Hagelschlag, Mäusefraß und anderer Feldschäden halber Remission angedeihet, welcher sie nicht bedungen hat, obwohl selbige immer zu befürchten sind, so absehe ich keinesweges, wie man solche wegen der Kriegesschäden jemand versagen könne, weil er nicht versichert war, davon befreyet zu bleiben. Der Herr von SELCHOW urtheilet in dem ersten Stück der Juristischen Bibliothek hievon sehr gründlich also: „Da die Gesetze allemal den Contrahenten verstatten, bessere Umstände zu hoffen, und ohne diese Hofnung niemand so thöricht seyn würde, einen Pacht-Contract zu schliessen, so bleibet es allemal auch bey solchen im Kriege geschlossenen Contracten wahr, daß die blosse Hofnung der abzuwendenden Gefahr, den Contract veranlasset habe, folglich würde es ungerecht seyn, dem Pächter allein allen Schaden zu übertragen, und dem Verpächter allen Vortheil aus dem Contract zu überlassen, wenn solches nicht ausdrücklich verabredet, oder dem Pächter wegen bevorstehenden Gefahr, ein gelinderer Pacht-Zins verstatten worden ist.„ Dieser Meyn-

ung pflichtet auch Herr Hofrath BOEHMER *in Diss. de Obligatione locatoris ob usum rei locatæ maxime per bellum impeditum* §. 24. bey. Die Sache war in dem Northeimischen Fall so viel weniger Zweifeln unterworfen, da zur Zeit der Verpachtung sich kein Feind im Lande fande, und man hoffen konnte, es würde ein zweyter Einfall desselben unterbleiben.

§. IV.

Von den Sauvegarden.

Herr WINCKLER hält *d. l. Sect. II. Cap. VIII. num.* 18. 22. dafür, die Sauvegarden gereichten hauptsächlich dem Verpächter zum besten, weil dadurch sein Guth von der Abbrennung und Verheerung bewahret, auch andere Kriegesschäden abgewendet werden, weswegen das Pachtgeld zu erlassen wäre. Was darauf verwendet ist, müsse er demnach, als einen Vorschuß dem Pächter erstatten.

Es ist aber nicht so leicht ein beträchtlicher den Gebäuden zugefügter Schade zu fürchten, als daß man dem Pächter Haabe und Güther nehmen werde, welcher insonderheit alsdenn grosse Gefahr läufet, wenn das Inventarium seine ist. Die Sauvegarde bringet ihm also, wo nicht grössern, doch eben so grossen Nutzen, als dem Verpächter. Sie behindert auch selten alles fouragiren, und versichert dem Pächter keine ungekränkte Nutzung des Guths. In Sachen von Uslar wider Bösen und Hüpeden, wurde behauptet, daß sie vom Pächter nicht begehret, sondern ihm aufgedrungen worden. Man sahe daher dieselbe billig als eine Geld-Lieferung an, welche sowohl dem Pächter, als dem Verpächter zur Last gereichet.

LXXXVIII. Bedenken.

Ob der Lehnsherr ohne Zuziehung der Lehnleute in seiner eigenen Sache wider seinen Lehnmann in den Chur-Braunschweigischen Landen erkennen kann.

Das Longobardische Lehnrecht verordnet I. Feud. 10.: Si contentio fuerit inter dominum & fidelem de investitura feudi perpares, curiæ dirimatur: und 2. Feud. 16: Si inter dominum & vasallum de feudo orta fuerit contentio, per pares illius domus, sicut lex Corradi dicit, dirimatur, si tamen pares habeat. Eben dieses erfordern die Teutsche Lehnrechte. Es heisset in den Schwäbis en *Cap. XVIII.* § 1.: Ein Herr soll zu den mindesten zwölf Mann hann, do er über Lehn richtet, und Cap. XC. §. 1: Rymet ein Herr sinem Mann gut, oder

weigert

weigert es ihme zu libende, oder Lehnrecht zu thuende, oder empfürt er Jme die Manschaft, daß soll er clogen dem Obern Herrn vor synen Mannen; welches Herr B. von SENCKENBERG *in Corp. Juris feudalis Germ.* also lateinisch giebet: Si dominus vasallum feudo privat, aut investituram vel judicium parium denegat, aut evictionem detrectat, (vasallos ab eo avertit) querelam vasallus domino majori deferat & ejus paribus. Auch das Sächsische Lehnrecht will *Cap.* 45., daß der Herr soll dem Kläger teidingen mit urtheilen vor sinen Mannen (a). Der Herr oder ein von ihm willführlich bestelleter Richter durfte nicht selbst erkennen, massen vor Alters in den Teutschen Gerichten kein Richter eine Stimme hatte, sondern schwören muste, daß er erkennen wolle, wie ihm durch Urtheile ertheilet worden (b). Es heisset im Reichs-Abschied von 1466. §. XI.: „Was Lehn wären, soll vor den Lehnrichtern und Mannen verrichtet werden.„ Noch in neuern Zeiten verordnete die Reformation der Calenbergischen Ober- und Hof-Gerichts Ordnung von 1544.: Was auch Ritter- und Lehn Güter antreffen, wollen wir coram paribus curiæ, so die vorhanden, oder durch unser sonderlich dazu Deputirte und verordnete Räthe jederzeit verhandeln und entscheiden lassen (c). Wer die Abänderung dieses allgemeinen Teutschen Rechts in einer Provinz behaupten will, muß solche erweisen (d).

Zwar kann dawider eingewandt werden 1) daß SCHOTTELIUS *de Antiquis in Germania juribus Cap. IV. num.* 9. bezeuget, hanc judicii antiqui formam diu in tota Germania desiisse. Es werden ferner 2) alle Lehn-Sachen, auch diejenige Streitigkeiten, welche zwischen Sr. Königl. Majestät, als Lehns-Herren, und dero Vasallen entstehen, von den höhern Landes-Gerichten entschieden, und es ist kein neues Exempel eines zu solchem Behuef mit Lehnleuten besetzten Gerichts vorhanden.

Allein 1) irret SCHOTTELIUS handgreiflich, und finden sich annoch mit Paribus curiæ besetzte Lehngerichte in Oesterreich, den Erz- und Stiftern Maynz, Trier, Cölln, Bamberg, Würzburg, Paderborn und Fulda, nicht weniger in den Chur- und Fürstenthümern Pfalz am Rhein, Anspach, Würtenberg, Mecklenburg, Hessen, Jülich und Berg (e), auch vielleicht in mehreren Ländern. Der in Teutschen Sachen so kündige gelehrte Herr Rath G. D. HOFFMANN bezeuget dieses *in Diss. de Usu moderno judicii parium curiæ* §. 16. 22. also: Supertes in compluribus viget Germaniæ regionibus judicii parium curiæ observantia. Verum in eo recentioris seculi usus ab antiquis discrepat moribus, ut illas demum lites & controversias dirimere soleant curiæ pares, quæ inter vasallum & dominum agitantur. Aliæ vero inter ipsos clientes versantes

cauſæ ſolius domini cognitioni reſerventur. Eben derſelbe ſchreibet d. l. §. 18.: In Ducatu Brunſuicenſi & Luneburgico omnes cauſæ clientelares ſubfeudorum provincialium forum, primamque inſtantiam ſortiuntur coram judicio parium curiæ, quamvis ultro largiri debeamus, ſolos provinciæ proceres avitum huncce morem urgere, principes vero lites feudales Cancellariæ dirimendas mandare. Dieſes beſtärket das Zeugnis des Herrn B. von SENCKENBERG *de Feudis Brunſuicenſibus & Luneburgicis* §. 58. alſo: Utut Princeps judicium parium curiæ abrogaverit, utuntur tamen eo adhuc ſtatus provinciales, quod creberrima docent exempla. Teſtem hujus rei præterea ea cape curiam Uslarienſem, quæ ſæpe hic Gottingæ pro decidendis controverſiis feudalibus concedit, litesque inter vaſallum & dominium ortas decidit. Harenbergica itidem quotannis fere hic celebrari ſolet, præſidentibus dominorum nonnullis & aſſidentibus duobus vel tribus vaſallis. Er thut zwar hinzu: Referebatur aliquando in actis, eſſe caſus, ubi regiæ præfecturæ hæcce parium curiæ judicia non curaverint, potius inter vaſallum & dominum per ſe jus dixerint. Aber von dieſen Beamten wurde die Gerichtbarkeit der Lehnsherren überall in Zweifel gezogen, und die Frage nicht aufgeworfen, welchergeſtalt die Lehngerichte zu beſetzen ſind. Jene räumet man ihnen jetzt billig ein, wie aus dieſer Rechtlichen Bedenken *I.* Theils *CXIII.* Bedenken erhellet. Es folget auch nicht, daß weil die Landesherrliche Vaſallen von den mit Rechtsgelehrten beſetzten höhern Gerichten mit ihrem guten Willen beurtheilet werden, die After-Lehnleute ſchuldig ſind, ſich eines Gerichtshalters Erkenntniß in ſeines Herrn Sache zu unterwerfen. Dieſer ſollte billig nimmer ſelbſt ein Urthel abfaſſen, ſondern die Acten jedesmal verſchicken. Solches halten für nothwendig SCHILTER Ex. 6. §. 16. ZIEGLER Dicaſt. Concl. 12. §. 31. und die *Jcti Vitebergenſes* beym BERGER *in Suppl. ad E. D. F.* Tom. II. Sie gründen ſich in einem allgemeinen Teutſchen Herkommen, und dieſes iſt ſo vielmehr zu vermuthen, da obangeführtem nach in Teutſchland niemals der Richter ſelbſt nach ſeinem Gutdünken die Rechtshändel entſchieden hat, des Gerichtsherrn Befugnis in ſeiner eigenen Sache Richter zu ſeyn, aber allein aus den Teutſchen Rechten herrühret.

(a) Herr B. von SENCKENBERG *Corp. Juris Feud. Germ.*

(b) Herrn Cammer-Gerichts Aſſeſſoris von HARPPRECHT Staats-Archiv des Kayſerl. Cammer-Gerichts Part. II. Meiner Neben-Stunden I. Theil V. Abhandlung §. 4. IV. Theil XXIII. Abhandlung §. 2. V. Thl. XXVIII. Abhandlung §. 3. lit. c. VI. Theil XLV. Abhandlung §. 27.

(c) GRUPEN *Diſceptationes forenſes cum obſervationibus.*

(d)

(d) SCHILTER *ad J. F. A.* Cap. X. §. 2.

(e) LUNIG *in Corp. juris feud. Germ.* Tom. I. LUDOVICI in der Einleitung zum Lehns-Proceß Cap. I. §. 65. 76. 78. 80. 82. 83. 84. 85. 87. 88. JENICHEN *de Usu hodierno parium curiæ* §. 4. 5. 6. Herr G. D. HOFFMANN *de Usu moderno judicii parium curiæ* §. 17. 18. 19. 20.

LXXXIX. Bedenken.

Der Käufer muß das unbezahlet gebliebene Kaufgeld von dem Tage der ihm geschehenen Uebergabe der gekauften Sache verzinsen, wenn er gleich nicht darum gemahnet worden.

Nicht nur saumhafte Schuldner, und diejenige, welche Zinsen ausgelobet haben, müssen sie bezahlen, sondern in einigen Fällen erfordern solches die Gesetze, der Billigkeit gemäß, wenn gleich keine versprochen, noch die Bezahlung der Schuld begehret worden (a). Dazu verbinden sie einen Käufer, dem der Verkäufer keinen Credit gegeben, und ihm gleichwohl die gekaufte Sachen überliefert hat, massen sonst jener zugleich Rem & pretium genieſſen würde, und diese Zinszahlung muß auch geschehen, wenn wegen besorglicher Eviction die Zahlung unterblieben wäre, weil in solchem Fall der Käufer ebenfalls einen doppelten Genuß hat, und wenn ihm das unter sich habende Geld keinen Vortheil bringet, er sich durch eine gerichtliche Deposition dessen entledigen können (c). Zwar fehlet es an Gesetzen nicht, welche dem Verkäufer nur Usuras moræ zubilligen (d). Daher einige Rechtsgelehrte erfordern, daß er den Käufer gemahnet habe (e). Um solche Gesetze mit den angeführten zu vereinbaren, sind aber die letzte von den Fällen zu verstehen, wenn der Verkäufer dem Käufer Credit gegeben hat (f), oder auch das ihm angebotene Geld nicht in Empfang nehmen wollen. In dessen Entstehung ist der Käufer jedesmal in mora, und schreibet mit Grunde SCHWEDER *de Usuris pretii tardius soluti* §. 17.: Venditor eo ipso, dum mercem tradit, tacite emtorem, ut sibi pretium solvat, admonet, quod ut accipiat, ideo ipsi rem vendit. Si itaque emtor tempus hoc traditionis solutioni pretii quasi præstitutum negligit, haud injuria ex eo propter moram ad usuras obligatur.

(a) NOODT *de Fœnore & usuris* Lib. III. Cap. X.

(b) *L.* 13. §. 20. *ff. de Actionibus emti & venditi L.* 5. *C. de Actionibus emti & venditi.*

(c) VOET *ad ff. Tit. de Actionibus emti & venditi* §. 19. NOODT *d. l. & ad ff. d. Tit.* LEYSER Spec. 211. Med. 1. TITIUS *ad Lauterbach* Obſ. 579. COCCEJUS *Jur. controv. Tit. de Actionibus emti & venditi* qu. 16. 17. LEYSER *d. l.* Herr HELLFELD *jurispr. for.* §. 986.

(d) *L. Fin. ff. de Pericula & commodo rei venditæ L.* 13. *C. de Actionibus emti & venditi L.* 5. *C. de Pactis inter emtorem &c.*

(e) BERGER *ad Lauterbach d. Tit.* qu. 13.

(f) COCCEJUS d. l. qu. 16.

XC. Bedenken.

Es kann jemand als Zeuge bey der Errichtung eines Teſtaments gebrauchet werden, worin ſein Bruder zum Erben eingeſetzet iſt.

Nicht wenige Rechtslehrer halten dafür, daß wer kein Teſtis omni exceptione major iſt, auch zum Teſtaments-Zeugen nicht gebrauchet werden könne, mithin daß naher Anverwandten Zeugniſſe keinen letzten Willen bekräftigen, worin ihr Bruder, Sohn, oder Ehegatte zum Erben eingeſetzet worden (a). Da aber Inſt. Lib. II. Tit. 10. §. 10. geſaget wird, Fratres heredis, qui in ejusdem patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi non poſſe, ſo wird daraus mit Recht geſchloſſen, daß diejenige Brüder, ſo ſich in dieſer väterlichen Gewalt nicht befinden, unverwerfliche Zeugen bey der Errichtung eines ſolchen Teſtaments ſind.

Denn deren Zeugniß wird nicht erfordert, um die Richtigkeit des letzten Willens zu erweiſen, als wozu in den wichtigſten Geſchäften weniger Perſonen hinreichen, ſondern Solennitatis cauſa, und ſolche Handlungen können auch vor Zeugen verrichtet werden, denen man ſonſt im Gericht keinen völligen Glauben beymiſſet. Da ein Legatarius Teſtaments-Zeuge ſeyn mag, ob wohl es zu ſeinem Vortheil gereichet, wenn der letzte Wille beſtehet, ſo machet es um deſtoweniger den Bruder des Erben verdächtig, daß er etwa hoffen kann, nach deſſen Tode an der Erbſchaft Theil zu nehmen (b).

(a) CARPZOV Part. III. Conſt. 3. Def. 7. num. 6. STRUV Ex. 32. th. 13. num. 2. BRUNNEMANN *ad L.* 20. *ff. qui teſtamenta facere poſſunt*

ſunt num. 7. STRYCK *de Cautelis Teſtamentorum* Cap. 15. §. 28. VOET *ad ff. Tit. qui teſtamenta facere poſſunt* §. 9.

(b) Dieſer Meynung pflichten bey VINNIUS *ad Inſt.* Lib. II. Tit. 9. §. 9. num. 2. §. 10. num. 2. LAUTERBACH *de Solennitatibus teſtamentorum* th. 24. OTTO *de Teſtimonio fraterno teſtamentario* Sect. II. num. 7. MULLER *ad Struv.* Ex. 32. §. 13. lit ξ. ESBACH *ad Carpzov.* Part. III. Conſt. III. Def. 7. BERGER *O. J.* Lib. II. Tit. IV. §. 3. HEINECCIUS *Elem. jur. Civ. Tit. qui teſtamenta facere poſſunt* §. 14. LEYSER Spec. 355. Coroll. 1.

XCI. Bedenken.

Die Niederlegung einer verſchloſſenen Schenkung im Gericht iſt keine Inſinuation.

Um Betrügereyen vorzubeugen, auch unbeſonnene Schenkungen zu verhindern, wird erfordert, daß man ſelbige, wenn ſie über 1000 ſp. Thaler betragen, dem Gericht bekannt mache, welches ſodann den Schenkenden befragen muß, was ihn zu dieſer Handlung beweget, und ob er nicht dazu gezwungen, oder durch falſche Vorſtellungen verleitet worden (a). Dieſes kann nicht geſchehen, wenn der Schenkungs-Brief verſchloſſen ins Gericht geliefert wird, und den Richtern deſſen Inhalt unbekannt bleibet, daher einer ſolchen Niederlegung ohngeachtet, Schenkungen, ſofern ſie über 1000 ſp. Rthl. betragen, kraftlos ſind.

(a) *L.* 27. *C. de Donationibus.* BRUNNEMANN *ad L.* 27. 30. 32. *C. de Donationibus* num. 5. II.

XCII. Bedenken.

Diejenige, welche währenden Krieges viele Lieferungen an die Armeen gethan, ſind Kaufleute, deren Bücher einen halben Beweis machen, wenn ſie mit einander Handlung getrieben.

In der Chur Braunſchweigiſchen Conſtitution von 1720. iſt verſehen, daß es zwar wegen deſſen, was die Kauf und Handelsleute unter ſich ſelbſten gegen einander desfalls hergebracht, bey der bisherigen Obſervanz ſein ungeän-

dertes

dertes Verbleiben haben solle; in dem übrigen Handel und Wandel aber, so nicht unter Kaufleuten getrieben wird, deren Handels-Büchern kein halber Beweiß ferner beyzulegen, noch die Kauf- und Handelsleute desfalls zu dem Erfüllungs-Eyde sofort zu lassen sind (a).

Währenden lezten Krieges hatten zwey Männer, welche sich in keiner Kaufmanns-Innung befanden, jedoch geraume Zeit grosse Lieferungen an die Kriegesheere gethan, mit einander Handlung getrieben, welches einen Rechtsstreit veranlassete, und einer wollte gegen den andern aus seinen Büchern Beweis führen; daher die Frage entstund: Ob was die Constitution von 1720. von Kaufleuten verordnet, allhier seine Anwendung finde? Die Königl. Hanöversche Justiz-Canzley hat es 1765. in Sachen Uckermanns wider Schrödern dafür gehalten. Denn diejenige, so nicht ein- oder zweymal, sondern geraume Zeit einkaufen, um theurer zu verkaufen, sind Kaufleute, wenn ein solcher Handel jedermann erlaubet wird (b). Man findet aber keine besondere Innungen der Kornhändler, sondern ein jeder mag diesen Handel treiben. Daher sind denn Provisores militares Kaufleute (c), mithin verdienen ihre Handelsbücher Glauben (d). Da der Kläger nur einen Extract aus denselben beygebracht hatte, welcher zum halben Beweiß nicht hinreichte (a), so wurde ihm die Production des Original-Handelsbuchs auferleget, damit man von desselben Beschaffenheit urtheilen könne.

(a) Chur-Braunschweig-Lüneburgische Landes-Ordnungen Cap. II.

(b) RÖSENER *de Libris mercatorum* Cap. I. num. 22. Cap. IV. num. 45.

(c) LAUTERBACH *de Jure in curia mercatorum usitato* §. 17. HARPPRECHT Conf. 63. num. 89.

(d) RÖSENER *d. l.* Cap. IV. num. 45.

(e) KLEIN *de Probatione, quæ fit per libros mercatorum* Cap. III. num. 99. 105.

XCIII. Bedenken.

Der Meyer kann ohne gutsherrliche Genehmigung die Erben ab intestato von der Succession in das Meyerguth nicht ausschliessen, und es einem Fremden vermachen.

In einer Ehestiftung, welche der Gerichts- und Guthsherr genehmiget hatte war einem Sohn der Hof abgetreten, und dem Vater eine Leibzucht bedungen. Dieser stellete in Abrede, darin gewilliget zu haben. Er hatte aber, nach des Sohnes Ableben, nur eine Enkelin, dessen Tochter, und der Hof muste einem Fremden zu Theil werden, wenn ihn diese nicht überkam. Solches kann jedoch ohne guthsherrlichen Consens nicht geschehen, und dieser versaget werden, ohne eine Ursach anzuführen (a), wie denn in Sachen Bunting wider den von Alten also dahier erkandt, und in Sachen Bieseke wider Wiesen vom Königl. Ober-Appellations-Gericht zum Grunde einer Decision geleget worden, daß ein Meyer im Fürstenthum Calenberg ohne expresse guthsherrliche Einwilligung von seinem Meyerguth, so wenig unter dessen Kindern, als Fremden, disponiren könne (b). Es war daher eine unerhebliche Frage: Ob der Vater in seines Sohnes Ehestiftung gewilliget habe, weil er auch in dessen Ermangelung der Enkelin, ohne guthsherrlichen Consens, das Successionsrecht nicht nehmen kann, wie also die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley 1765. in Sachen Biermann wider Biermann erkandt hat.

(a) Meine *Commentation de jure Villicorum* Cap. III. §. 13.

(b) Meine *Accessiones ad Commentationem de Jure Villicorum* access. 10.

XCIV. Bedenken.

Den Minderjährigen gebühren auf ihre ausgeliehene Gelder Zinsen, wenn sie gleich weder versprochen, noch die Bezahlung des Capitals gefordert worden.

Es heisset *in L. 3. C. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est:* In minorum persona re ipsa & ex solo tempore tardæ pretii solutionis recepto jure moram fieri creditum est, in his videlicet quæ moram desiderant, id est, in bonæ fidei contractibus & fideicommissis & legatis. Und in L. 5. C. de actionibus emti & venditi: Curabit præses provinciæ, compellere emtorem, qui

nactus poſſeſſionem fructus percepit, partem pretii, quam penes ſe habet, cum uſuris reſtituere, quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris, ætatis favor (licet nulla mora interceſſerit) generavit. Suaſit, ſchreibet NOODT *de Foenore & uſuris* Lib. III. c. 10. hanc Imperatoris providentiam favor ætatis lubricæ & inconſultæ, denique vera ſua commoda non intelligentis, & ideo ſæpe vel non petentis, quod debetur, vel ſerius petentis. Man hält dafür, die Interpellatio ſey per legem geſchehen (a).

Zwar mögte man einwenden, beyde Geſetze redeten von Kaufgeldern und von keinem Mutuo, welches ein Contractus ſtricti juris iſt. Allein der Unterſchied inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris iſt, wenigſtens ſo viel die Zinſe betrift, durch die Reichs-Geſetze aufgehoben (b), und die eben angeführte Ratio legum findet ſowohl beym Anlehn, als bey Kaufgeldern Platz.

(a) PEREZ *in Cod.* Lib. II. Tit. 41. num. 7. WISSENBACH *ad L. 3. C. in quibus cauſis &c.* COCCEJUS *de mora* §. 14. HUBER *ad ff. Tit. de Uſuris* §. 15. VOET *ad ff. d. Tit.* §. 27. HEINECCIUS *ad ff. d. Tit.* §. 101. LEYSER Spec. 244. Med. 8. MEISTER *de Notione juridica moræ* §. 35. 36.

(b) STRYCK *U. M. ff. Tit. de Uſuris* §. 7. LYNCKER Dec. 589. HERTIUS Vol. I. Reſp. 159. num. 7. GUNDLING *de Uſu practico actionis fidei & ſtricti juris* Cap. II. §. 29. 30. HEINECCIUS *d. l.* §. 104.

XCV. Bedenken.

Diejenige, denen daran gelegen, daß eine Rechnung abgeleget werde, müſſen die dazu erforderte Koſten übernehmen.

Ein Pfands-Inhaber, von welchem der Schuldner forderte, daß er von ſeinem Genuß Rechnung ablegen ſollte, muthete dieſem an, die dadurch veranlaſſete Koſten allein zu übernehmen, und gründete ſich in der Lehre FABRI *in Cod. Lib. V. Tit.* 31. *Def.* 1. *num.* 5., wie auch SURDI *de Alimentis Tit.* 1. *qu.* 47. *num.* 10., imgleichen BERGERI *Dec.* 371. Allein dieſe handeln von Vormündern und Verwaltern, welche zum Beſten ihrer Pflegbefohlenen und Herren Rechnungen führen und ablegen. Solches ſollte in dem eben gemeldeten Fall nicht nur dem Schuldner, ſondern auch dem Gläubiger zum beſten geſchehen, dem daran gelegen war, daß ausfündig gemachet würde, wie viel er noch

zu fordern habe. Denn der Pfands-Inhaber machte wegen verwandter Baukosten und abgetragener Grund-Beschwerden nicht geringe Forderungen. Wenn aber beyden Theilen zum Besten Kosten zu verwenden sind, so müssen beyde solche hergeben.

(a) BRUNNEMANN Conf. 135. num. 104. Reichs-Hofraths-*Concluſa* Tom. 17.

XCVI. Bedenken.

Ein Vormund und Rechnungsführer kann nicht nur an dem Ort, wo er die Rechnung geführet hat, sondern auch in dem Foro domicilli zu deren Ablage genöthiget werden.

Nicht wenige Rechts-Lehrer halten dafür, daß ein Vormund, den man nöthigen will, Rechnung abzulegen, an dem Ort, wo er die Vormundschaft verwaltet hat, belanget werden müsse, wenn gleich derselbe unter einem andern Gerichtszwang wohnet (a). Sie gründen sich in dem *L.* 1. *C. Ubi de Ratiociniis &c.* worin es heisset: Eum, qui aliena negotia sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi hæc gessit, rationem oportet reddere. Dieses scheinet auch der *L.* 45. *pr. ff. de judiciis* folgendergestalt zu bestärken: Argentarium, ubi contractum est, conveniri oportet, nec in hoc dilationem, nisi ex justa causa, dari, ut ex provincia codices adferantur. Idem in actione tutelæ placuit. Hingegen vermeynen viele andere, daß ein Rechnungsführer auch in foro domicilii belanget werden könne (b), und deren Meynung muß ich beypflichten, weil das Forum domicilii generale ist, in welchem alle und jede Klagen eingeführet werden können (c), und in Rechnungs-Sachen keine Ausnahme von der Regel zu erweisen stehet. Denn der obangeführte *L.* 1. *C. Ubi de Ratiociniis &c.* will nur daß der Rechnungsführer an dem Ort, wo er sein Amt verrichtet hat, Red und Antwort geben müsse, wenn er gleich daselbst nicht wohnet, keinesweges aber, daß er allda nothwendig zu belangen sey. Eben dieses ist auch in *L.* 19. §. 1. *ff. de Judiciis* also versehen: Si quis tutelam vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loco administravit, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere, & si non defendet, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur. Hier geschiehet nur der Pflicht des Rechnungsführers Meldung, und ist daher unglaublich, daß Papinianus in *L.* 45. *de Judiciis* dem Kläger die Electionem fori versaget. Wie denn auch das Wort *oportet* nicht allemahl præcise necessitatem, sondern bisweilen, quod licitum est, bedeutet (d).

Die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley hatte daher 1765. in Sachen Heisling contra Gerling erkandt, daß eine zu Stade geführte Vormundschafts Rechnung dahier abzulegen sey, mithin die Exceptionem fori incompetentis verworfen.

(a) CARPZOV Lib. II. Resp. 33. num. 10. SLEVOGT *de Foro gestæ administrationis* Cap. I. § 6. Cap. II. §. 1. WISSENBACH *ad Cod.* Lib. III. Tit. 21. BRUCKNER *de Ratiociniis administratorum* Cap. VIII. th. I. BERGER *O. J.* Lib. IV. Tit. 4. §. 3. not. 10. LEYSER Spec. 73. Med. 5.

(b) Petrus BARBOSA *ad L.* 19. §. 1. *ff. de Judiciis* num. 76. ESCOBAR *de Ratiociniis administratorum* Cap. VII. num. 6 WESENBEC *ad Cod.* Lib. III. Tit. 21. num. 1. FABER *in Rational. ad L.* 19. §. 1. *de Judiciis.* BRUNNEMANN *ad L.* 19. *de Judiciis* num. 10. PEREZ *ad Cod.* Lib. III. Tit. 21. num. 2. VOET *ad ff. Tit. de tutelæ & rationibus &c.* §. 17. BARDILI *de Competentia Fori ratione contractus* Cap. IV. Sect. I. num. 41.

(c) HUBER *ad ff.* Lib. V. Tit. I. §. 53.

(d) BRISSONIUS *de Verborum significationibus* verb. *oportet.*

XCVII. Bedenken.

Das Köhrrecht stehet nicht nur den Kindern, sondern auch den Enkeln nach ihrer Eltern Tode zu.

In einem Erkenntniß des Amts Herzberg vom 27. Jun. 1765. wurde zwar das Herbringen des Köhrrechts, als ohngezweifelt, vorausgesetzet, aber von des Jobst Christoph Böttichers Enkel der Beweiß gefordert, daß vermöge einer in Pölde hergebrachten Gewohnheit, denen Kindeskindern von einem noch bey des Großvaters Lebzeiten verstorbenen jüngsten Sohn das Köhrrecht am Großväterlichen Hause zukomme; von welchem Spruch der junge Böttcher an die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley appellirte, und eine Reformatoriam erhielte.

In Teutschland giebet es zwey Arten des Köhrrechts. Vermöge der ersten machet das älteste Kind die Theilung, und das jüngste wählet den ihm am gefälligsten Theil. Vermöge der zweyten nimmt das jüngste Kind das väterliche Haus vor den wahren durch Achtsleute zu bestimmenden Werth an, oder

bekömt

bekömt das Köhrgeld zum Abstand. Es nennet BECHMANN von der Kührgerechtigkeit des jüngsten Sohns die erste Art, das Jus electionis, und die zweyte das Jus optionis. Beyde Rechte kommen in den mehresten überein (a), und insonderheit darin, daß sie allen, die von den Besitzer in absteigender Linie herkommen, zustehen. Von dem Jure electionis schreibet BEYER *de Proverbio major dividit, minor eligit Cap. II.* §. 9.: Ad heredes jus optandi non transmittitur, verum hi proprio jure utuntur, & tempus institutæ divisionis respicitur. Ita majore defuncto, ejus liberi non dividunt, sed eligunt; und von dem jure optionis BECHMANN *d. l.* §. 1.: Jus optionis non nisi inter liberos & heredes descendentes obtinet; imgleichen §. 4: In eo prorsus concordat cum jure eligendi jus optionis, quod utrumque personale est, ad heredes non transitorium. Da nun unsere Gewohnheiten Ueberbleibsel der Sächsischen Rechte, mithin aus selbigen zu erklären sind, so ist auch das Köhrrecht bey uns nicht enger einzuschränken, als es in Sachsen geschiehet, mithin wurde dem Appellanten kein Beweis auferleget, daß es den Enkeln zu statten kömt, sondern solches vermuthet, welches auch die Identitas rationis erfordert. Man hat den jüngern Kindern ein Vorrecht beygeleget, weil die ältere sich öfter selbst helfen, und ihren Unterhalt erwerben können (b). Dieses ist auch von den Enkeln zu sagen, welche die Groseltern vielfältig mehr lieben, als ihre eigene Kinder.

(a) BECHMANN *d. l.* ENGAU *Elem. jur. Germ. Lib. II.* §. 501.

(b) MEINDERS *de Origine, natura & conditione hominum & bonorum emphyteuticorum.*

XCVIII. Bedenken.

Wegen des erhöheten Licents auf das Brodkorn ist dem Pächter vom Pachtgelde nichts zu erlassen.

Als im Fürstenthum Calenberg, nach dem Kriege, der Licent auf das Brodkorn erhöhet wurde, verlangte der Pächter eines grossen Adelichen Guths, daß man ihm solcherwegen 40. bis 50. Rthlr. am Pachtgelde erlassen sollte. Obwohl auch diese Steuer keine Grundbeschwerung ist, so ziehet man jedoch bey Verfertigung eines Anschlages die Haushaltskosten von den Aufkünften ab, und jene vermehret die Erhöhung des Licents auf das Brodkorn sonder Zweifel. Der Verpächter wendete aber ein, daß weil durch solche Erhöhung die Cultur und Einerndtung kostbarer werde, der Haushälter diese Abgiften auf die Fruchtpreise

schlage, mithin die Erhöhung des Licents ihm unschädlich sey. Allenfalls verursachet solches bey grossen Pachtungen einen mässigen Schaden, und dieserwegen gebühret dem Pächter nur sofern Nachlaß, als eine Verletzung über die Hälfte erwiesen werden kann, daher selbiger 1765. mit seiner Forderung von Königl. Hannöverscher Justitz-Canzley abgewiesen wurde.

XCIX. Bedenken.

Ob ein Versprechen gültig, mittelst dessen der Schuldner sich anheischig gemacht hat, dem Gläubiger bessere Münze wieder zu bezahlen, als er von ihm empfangen?

Titius hatte im Jahr 1759. Cajo 600. Rthl. in gangbarer Silber-Münze geliehen, und dieser versprochen, solche nach 6. Jahren in der zur Zeit der Wiederbezahlung gangbaren Münze in 12 und 6 Mariengroschen abzuführen. Nachdem solche Zeit verflossen, wollte er aber nur den innerlichen Werth des empfangenen Geldes entrichten, und vermeynte, man könne ohne sich eines unverantwortlichen Wuchers theilhaftig zu machen, kein mehreres von ihm fordern. Nun heisset es zwar in *L.* 17. *pr. ff. de Pactis*: Si tibi decem dedero, & paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem. Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit; und im *L.* 11. §. 1. *de Rebus creditis*: Si tibi dedero decem, sic ut novem debeas, proculus ait, & recte, non amplius de ipso jure debere, quam novem. Si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus, amplius quam decem condici non posse. Woraus man folgert, ein Contract sey ungültig, mittelst dessen der Schuldner sich anheischig gemachet, das empfangene schlechte Geld mit besserer Münze wieder zu bezahlen (a). Allein diese Gesetze finden bey uns keine Anwendung. Sie gründen sich darauf, quod pactum in continenti adjectum mutuo, ut contractui stricti juris, est pactum nudum, ex quo jure civili non datur actio (b). In Teutschland aber haben solche Pacta verbindliche Kraft, daher ganz recht lehret Voet *ad ff. Tit. de Rebus Creditis* §. 18.: Hodie, uti ex alia quavis nuda conventione, ita ex pacto numerationi adjecto recte agitur ad undecim cum dati essent decem; und Brunnemann *ad L.* 17. *ff. de Pactis num.* 2.: Pactum in mutuo, ut plus reddas accepto, hodie valet, quia ex pacto nudo datur actio. Aber diese Lehre ist dahin einzuschränken, daß der Gläubiger keinen unrechten Zinswucher ausüben darf, massen alsdenn der Schuldner dasjenige abzie-

hen mag, so solchen ausmachet (c). Die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley hat 1764. also erkandt.

(a) CARPZOV Lib. V. Resp. 9. num. 18. 19.

(b) NOODT *ad ff. Tit. de Rebus Creditis.*

(c) BRUNNEMANN ad L. 17. *ff. de Pactis* num. 2. VOET *d. l.* HAGEN *de Usu usurarum* Cap. 17. num. 7. 12. SCHMIDT in der Abhandlung der Rechtsfrage in welchen Münzsorten eine Geldschuld zu bezahlen ist.

C. Bedenken.

Eines Bauren Wittwe, welche geraume Zeit den Genuß des Hofes gehabt, und die nach dessen Uebergabe eine Leibzucht zu geniessen hat, kann keinen Werth der Verbesserung, wohl aber ihr Eingebrachtes fordern.

Martin Halves, welcher mit seiner ersten Frau eine Kötherey, im Dorfe Echte, Gerichts Oldershausen, erheyrathet hatte, schritte nach deren Tode zur zweyten Ehe, und als er verstarb, blieb seine Wittwe, vermöge ihrer Ehestiftung, viele Jahre im Besitz und Genuß des Hofes. Wie aber diesen der zum männlichen Alter gelangte Sohn erster Ehe, als sein mütterliches Erbe, in Anspruch nahm, er ihm auch zuerkandt wurde, so begehrte die Stiefmutter nicht nur ihr Eingebrachtes, sondern auch den Werth der Meliorationem, welche sie angeblich in ihrem Wittwenstande in den Hof verwand hatte. Nun bleibet zwar an einigen Orten das Eingebrachte derjenigen, welche eine Leibzucht geniessen, in den Güthern (a). Aber es ist nicht zu vermuthen, daß dieses Recht gemeiniglich in Teutschland gilt, und die Leibzucht den Brautschatz verschlinget (b). Eine andere Bewandniß hat es mit den Verbesserungen. Denn wer ein Guth geniesset, und zeitlebens davon ernähret wird, ist schuldig es im Stande zu erhalten, und nach Möglichkeit zu verbessern, sofern es aus den Aufkünften geschehen kann. Das Königl. Ober Appellations-Gericht erkandte daher 1737, „daß da nach hiesigem Landes Gebrauch der überlebende Ehegatte dem zweyten Mann den Hof interims-weise, bis die Kinder erster Ehe, denen der Hof zugehöret, zu ihren Jahren kommen, und selbigen zu übernehmen und zu administriren selbst geschickt, mit Consens des Amts und Guthsherrn wohl zufreyen mag, Beklagte und Appellanten zu absolviren seyn, jedoch daß der Appellant dagegen auch der Appellatin, was er die gemeldete Zeit über an Oneribus publicis, Diensten,

sten, Zinskorn und andern Unpflichten, auch zu Erzieh- und Verpflegung der Pegelauischen Kinder, imgleichen zu nothwendiger Erhaltung des Hofes, und der Gebäude ausgegeben, in Rechnung zu bringen nicht befuget. Was derselbe aber ausserdem zu Abfindung der Pegelauischen Kinder, oder sonst an Meliorationen in den Hof erweislich verwendet, ist Appellatin demselben mit Zinsen, jedoch letztern ebenfalls nur von Zeit der erhobenen Klage an, wofern derselbe nicht lieber die landübliche Leibzucht wählen wollte, zu erstatten verbunden,, (c). Solchem Principio gemäs erkandte die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley in Sachen Halves wider Halves 1766. daß die Wittwe Halves mit ihrer Forderung wegen der Meliorationen ab und zur Ruhe zu verweisen, da sie nicht nur eine Leibzucht geniesset, sondern auch den völligen Genuß des Hofes viele Jahre gehabt. Würde dieselbe aber erweisen ein mehreres als 19. Rthl. eingebracht zu haben, so ergehet solcherwegen was Rechtens.

(a) Meine *Commentation de Jure villicorum* Cap. VIII. §. 6. lit. d.

(b) LEYSER *de Feudis Brunsuicensibus & Luneburgicis in addit.* §. 38. Herr Vice-Canzler ESTOR Neuerer kleiner Schriften I. Band. Meiner Nebenstunden V. Theil XXXV. Abhandlung §. 7.

(c) Meine *Accessiones ad Commentationem de Jure Villicorum* access. 44.

CI. Bedenken.

Von dem Reichsstädtischen Entscheidungs-Jahr zwischen Catholischen und Protestanten.

§. I.

In den Observationibus de Civitatum Imperii juribus ecclesiasticis suchet man dasjenige zu widerlegen, was ich von den Reichsstädtischen Kirchen Rechten behauptet habe.

Der mir unbekannte Herr Verfasser der Observationum juris publici Germanici de Civitatum imperii juribus ecclesiasticis & politicis eo spectantibus, welche jüngsthin zu Frankfurth am Mayn an das Licht getreten, hat mich mit diesem Buch beschenket, und da er in selbigem dasjenige zu widerlegen suchet, was ich in meiner Neben-Stunden *VI.* Theil *XLVI.* Abhandlung von solchen Reichsstädtischen Gerechtsamen zu behaupten, mir Mühe gegeben, so ist es vermuthlich in der Absicht geschehen, mich eines bessern zu belehren, und also meinen Beyfall zu erlangen, oder zu veranlassen, daß durch die Vertheidigung meiner Sätze, die Sache ein mehreres Licht bekomme. Da ich mich von deren Unrichtigkeit nicht überzeuget finde, so halte es für meine Pflicht, die Ursachen anzuführen,

führen, welcher wegen ich die neue Entdeckung des Herrn Verfassers dem wahren Sinn des Westphälischen Friedenschlusses ungemäß zu seyn glaube, und, wo möglich, zu behindern, daß zum grossen Nachtheil des Teutschen Reichs über den Verstand eines so heilsamen Reichs-Gesetzes, als besagter Friedensschluß ist, mehrere solche Streitigkeiten entstehen, welche in die Concluſa beyderseitiger Religions-Verwandten auf dem Reichstage, und in die Erkenntnisse der höchsten Reichsgerichte Einfluß haben, als leider bereits erreget worden.

§. II.

Gründe welcher wegen deren Verfasser dafür hält, es stehe denen Evangelischen Reichsstädten, worin Catholische Bürger wohnen, kein Reformations-Recht zu.

Der Herr Verfasser meynet erstlich, daß in den Reichsstädten, worin mehrere Religions-Verwandte wohnen, der Obrigkeit kein Reformations-Recht zustehe. Er schreibet: Jus reformandi nullibi concessum, nisi civitatibus unius religionis; und gründet sich I. in den Religions-Frieden Art. 27., welcher will, daß in den Frey- und Reichs-Städten, worin die beyde Religionen eine zeither im Gang und Gebrauch gewesen, dieselbe hinführo auch also bleiben sollen.

Es wird ferner II. von ihm die befremdliche Meynung geäussert, pacem Westphalicam non modificare religioſam, ubi ejus ſenſus in controverſiam vocatus non fuerat, mithin III., illum qui inter ſubjecta anni 1624. alia, quam in Inſtrumento pacis expreſſa, affirmat, evidentiſſime id probare teneri, und IV. habitum politicum domini erga ſtatus ſuos provinciales & ſenatus civitatis imperii erga corpus civium principaliter objectum pacis Weſtphalicæ non conſtituere, quoniam una partium non eſt ex compaciſcentibus.

Da V. bey MEIERN Act. pacis Westphal. Part. IV. die Kayserl. Gesandte das Reformations-Recht den Reichsstädten, gleich andern Reichsständen, ausdrücklich eingeräumet haben, so weiß der Herr Verfasser sich nicht anders als damit zu helfen, daß er die Glaubwürdigkeit des bey den Friedens-Tractaten gehaltenen Protocolls anfechtet, und der Kayserl. Gesandten Genehmigung für unkräftig ausgiebet.

VI. Wird dem von MEIERN ein Irrthum beygemessen, weil er *d. l.* schreibet, der Art. XI. wäre im Martio 1747, ausser den Worten proſperrime floruere, von Vollmarn genehmiget, da jedoch diese Worte sich in dem Entwurf nicht fänden.

VII. Wendet der Herr Verfasser ein, die Evangelische hätten declariret, wo bis daher die Catholische Religion in ein oder anderer Reichsstadt in Uebung

gewesen, und noch keiner andern Religion weder publicum noch privatum exercitium gestattet worden, lasse man es bey so gestalten Sachen Evangelischen Theils dahin gestellet verbleiben (a). Die Catholische hätten solches angenommen (b), die Evangelische aber nochmals begehret, daß diejenige darin keine andere als der Augspurgischen Confession Exercitium publicum anno 1624. juxta formam & morem cujusque reipublicæ bestellet gewesen, in allen Religions-Sachen, und was demselben anhängig, andern hohen Ständen durchgehends gleich gehalten werden sollten (c). Da nun in der Conferenz hievon nichts vorkommen (d), noch der Evangelischen Entwurf vom 27sten Febr. 1647. dessen Meldung thue (e), so sey diejenige Stadt nur für eine Evangelische zu halten, in welcher die Catholische Religion so wenig privatim als publice geübet wird.

(a) MEIERN *d. l.* Part. III.

(b) Ibid.

(c) Ibid. Part. IV.

(d) Ibid.

(e) Ibid.

§. III.

Derselben Beantwortung.

Indem aber I. die Frey- und Reichsstädte verbunden worden, Catholische und Evangelische Religions-Uebungen ferner zu erlauben, wenn sie zur Zeit des errichteten Religionsfriedens in Uebung gewesen, ist ihnen das Reformationsrecht keinesweges gänzlich entzogen. Selbigen wurden nur dergestalt Schranken gesezt, wie es im Westphälischen Friedensschluß geschehen, indem man den Landesherrn zwar solches Recht ausdrücklich beygeleget, sie jedoch verbunden hat, die Religions-Sachen in dem Stande zu lassen, worin sie sich 1624. befunden. Dem ohngeachtet können selbige die Religions-Exercitia abstellen, welche damals nicht im Gebrauch waren, und also erlaubte auch der Religions-Friede den Reichsstädten, vermöge des ihnen zustehenden Reformations-Rechts, zu behindern, daß eine Religion eingeführet wurde, welche 1555. nicht üblich gewesen.

Wenn II. in einem Rechtsstreit befangene Leute sich vergleichen, so vermuthet man mit gutem Grunde, daß keiner dem andern mehr eingeräumet hat, als dieser währenden Streits von ihm forderte. Anders ist es mit Kriegführenden Mächten bewandt. Der Sieger vergnüget sich gemeiniglich mit demjenigen nicht, womit er zu befriedigen gewesen wäre, wenn man ihn nicht in die Nothwendig-

wendigkeit gesezt hätte, den Degen zu ziehen, und es auf das ungewisse Kriegesglück ankommen zu lassen. Den jüngsten Krieg zwischen Frankreich und England, veranlasseten die streitige Gränzen von Canada, Acadien und Neu-England. Das erste Land an sich nahmen die Engländer in keinen Anspruch. Wer kann es ihnen aber verdenken, daß sie nach dessen Eroberung, sich solches durch den Friedensschluß abtreten lassen? Eben also haben die Evangelische bey den Wesiphälischen Friedenstractaten nicht nur ihre Deutung des Religions-Friedens zu behaupten gesuchet, sondern auch, zu ihrer Kirche mehrerer Sicherheit, manches ausgedungen, welches sie vor dem glücklich geführten Kriege zu erlangen sich keine Hofnung machen durften. Der Westphälische Friedensschluß enthält daher viel neues, so aus dem Religions-Frieden nicht hergeleitet wurde, mithin ist es irrig, illam non modificare religiosam, ubi ejus sensus in controversiam vocatus non fuerat, wenn nemlich, wie es wohl nicht anders seyn kann, der Herr Verfasser durch modificare verstehet, etwas mehreres thun, als den streitigen Sinn eines Gesetzes bestimmen. Ich beziehe mich auf dasjenige, so von mir hievon in der Entdeckten Verdrehung des Westphälischen Friedensschlusses §. 11. der Zugabe zur entdeckten Verdrehung des Westphälischen Friedensschluß §. 3. 20., in der Nebenstunden *VI.* Theils, *XLIV.* Abhandlung §. *IV.* und oben im I. Bedenken §. 8. gesaget worden.

Eine sehr befremdliche Lehre des Herrn Verfassers ist es III., daß niemand vermöge des Friedensschlusses eine Restitution begehren könne, der nicht auf das allerdeutlichste erweiset, daß ihm gebühret, was er begehret. Selbiger schreibet: Lex correctoria, qualis est Westphalica, strictissimæ est interpretationis, & detorsiones sensus doctrinales prohibet. Warum soll doch aber ein besserer Beweis erfordert werden, um den Sinn dieses Vertrages, als anderer auszufündig zu machen? Obwohl sie alle stricti juris sind, so verstatten selbige doch den Gebrauch der Interpretationis extensivæ & restrictivæ. Die Unvollenkommenheit des menschlichen Verstandes behindert vielfältig Gesetze und Verträge so deutlich zu fassen, daß der Buchstabe alle entstandene Streitigkeiten entscheidet. Alsdenn muß man aber denjenigen, der sich darin gründet, nicht jedesmal abweisen, sondern secundum regulas bonæ interpretationis den Sinn des Vertrages erforschen. Die Evangelische Reichsstände bemerkten in den Vorstellungs Schreiben an Se. Kayserl. Majestät vom 16ten Nov. 1720., „daß niemahls einiges Pactum mit der geringsten Sicherheit errichtet werden könne, wenn der andere Theil allemahl sagen dürfe, daß er diesen Verstand nicht annehme, sondern der Passus, der ihm entgegen stünde, einer Interpretation bedürfig sey, die aber ein

Theil für ſich nicht machen könne, ſondern ſich beyde Theile darüber untereinander verſtehen müſten, welches in der That nichts anders ſeyn würde, als den ganzen Grund aller gemeinen Rude umkehren, und einen ewigen Krieg zum gänzlichen Verderben aller menſchlichen Geſellſchaft einführen: daß man vielmehr wo einiger zweifelhafter Verſtand in der That vorhanden, die Billigkeit und Uebereinſtimmung mit andern unläugbaren Principiis juris publici, und deren natürliche offenbare Folgen annehmen müſſe (a); und LUDOLF de jure camerali Sect. I. §. 4. num. 8. widerſpricht der Meynung des Herrn Verfaſſers alſo: Quod ſi ex quacunque privata inſtrumenti pacis interpretatione ipſius Legis incertitudinem & obſcuritatem pro ratione allegare foret licitum, & ſententiam hujus aliusve cauſæ ſuæ inſervientem ſequi, facile eſt intellectu, nihil plane in legibus certum extiturum, ſed omnia regulæ cereæ ſimile, quod abſit, ut in mentem veniat, nedum in ſermones profitentium jurisprudentiam veram, non ſimulatam. In gegenwärtiger Streitfrage komt ihm aber ſein Satz nicht einmahl zu ſtatten, weil im Friedensſchluß wörtlich enthalten, daß den Reichsſtädten das Jus reformandi zuſtehen ſolle, non attento, quod in iis, in quibus, præter A. C. exercitium, nullum aliud a magiſtratu & civibus juxta morem & ſtatuta cujusque loci anno 1624. introductum fuit, aliqui Catholicæ religioni addicti cives commorentur, vel etiam in aliquibus capitulis - - Catholicæ religionis exercitium vigeat. Da denn unbegreiflich iſt, wie dieſen Worten ein ſolcher Verſtand beygeleget werden könne, daß denjenigen Evangeliſchen Reichsſtädten, worin ſich am 1ten Januarii 1624. einige Catholiſche Bürger befunden, das Jus reformandi zu verſagen ſey.

Wenn IV. von dem Herrn Verfaſſer behauptet werden will, Habitum politicum ſenatus civitatis imperii erga corpus civium principaliter non conſtituere objectum pacis Weſtphalicæ, ſo räume ich ſolches ein, wenn durch das Wort principaliter angezeiget wird, daß der Weſtphäliſche Friedensſchluß vornemlich und an den mehreſten Orten von den Befugniſſen der Reichsſtände handelt. Gehet aber ſeine Meynung dahin, daß die Unterthanen, weil ſie keine compaſcentes geweſen, ſich darin nicht gründen können, ſo vermeyne ich in der Nebenſtunden *IV.* Theils *XLIV.* Abhandlung §. 2. 3., und in den daſelbſt angeführten Stellen meiner Schriften das Gegentheil dargethan zu haben.

Was hat man V. für Urſache dem Schwediſchen Protocoll fidem hiſtoricam zu verſagen, und der Kayſerl. Geſandten Genehmigung als unerheblich anzuſehen, da jenes nichts unglaubliches enthält, noch von dieſen zu vermuthen, daß ſie wider ihre Inſtruction gehandelt, und mehr eingeräumet haben, als ihnen

nen solche erlaubte, bevorab da der Buchstabe des Instrumenti pacis ihren Aeusserungen ganz gemäß ist, und den Evangelischen Reichsstädten das Jus reformandi beyleget, ob wohl sich einige Catholische Bürger darin befinden.

VI. Saget der von MEIERN *Part. IV.* nicht, daß er sub. lit. A. das Project des Art. XI. anfüge, sondern er liefert ihn mit Weglassung der Worte prosperrime floruerunt, und theilet also vielmehr den veränderten Articulum mit, in welchen anstatt der angeführten Worte gesetzet worden, fuerunt. Der Evangelische Entwurf mit den Worten prosperrime floruerunt findet sich daselbst.

Indem VII. beliebet ist, in den Städten, in welchen nur die Uebung einer Religion bisher verstattet worden, es dabey verbleiben zu lassen, hat man den Evangelischen Stadt-Obrigkeiten, so einige Catholische Bürger geduldet, und ihnen ein Exercitium ihrer Religion verstattet haben, das Jus reformandi und die Befugnis diesen Bürgern ein mehreres zu versagen, als sie in anno decretorio besessen, keinesweges entzogen. Das Reformations Recht wurde den Catholischen Reichsstädten nur soferne eingeräumet, daß man sie nicht nöthigen könne, ein Evangelisches nicht hergebrachtes Exercitium zu dulden. Das Instrumentum pacis Art. V. §. 29. leget den Evangelischen Stadt-Obrigkeiten das Jus reformandi bey, non attento, quod aliqui Catholicæ religioni addicti cives ibi in ecclesiis Catholicæ religionis hanc exerceant, mithin auch wenn selbige ein publicum exercitium hergebracht haben. Vielweniger kann also eine Evangelische Reichsstadt pro mixta gehalten werden, wenn daselbst einige Catholische Bürger ihre Religion privatim üben.

(a) von SCHAUROTHS Sammlung der Conclusorum des Corporis Evangelicorum Tom. II. pag. 799.

§. IV.

Der zwente Satz des Herrn Verfassers ist dieser, daß die Catholische Clerisey und Bürger in Evangelischen Reichsstadten in dem Stande bleiben müssen, in welchem sie sich 1648. befunden. Zu dessen Behauptung wird angeführet I. daß das Kayserl. Project vom 3ten Jun. 1647. worin der am 1ten Jan. 1624. bereits eingeführten Clerisey Meldung geschehen, verworfen worden.

Das Jahr 1748. ist in den Reichsstädten kein Entscheidungs-Jahr wischen den Catholischen und Evangelischen.

II. Die Worte tam active, quam passive auf solche nicht passeten.

III. Die Worte deinceps quoque eine besondere Disposition anzeigten.

IV. Die Worte pro tempore von dem damaligen Gebrauch, und

V. Die Worte intra prædictum terminum, de integro anno 1624. in præmissis licet remotius dicto zu verstehen wären.

Wenn VI. die Introductio Catholici exercitii, nach des Henniges Lehre per publicum decretum erfordert wurde, so müsten Ueberlingen und Wangen keine Catholische Städte seyn, weil daselbst ein solches Decretum nicht vorhanden.

Nun heisset es I. in dem Kayserl. Instrument beym MEIERN *Part. IV.* Catholicæ religioni addictos cives in eo statu, qui fuit 1. Januar. 1624., deinceps quoque cum clero intra prædictum terminum introducto esse relinquendos. Dieser Passus ist aber im Friedens-Instrument sofern merklich geändert, daß die Particula *non* hinzugethan, und also zum Besten des Cleri Catholici intra dictum terminum i. e. post 1. Januar. introducti keinesweges disponiret, sondern nur für denjenigen gesorget worden, der vor dem Entscheidungs-Jahr sich bereits in einer Stadt befunden. Mir fällt ganz unbegreiflich, wie dieses zur Befestigung der Lehre des Herrn Verfassers das mindeste beyträget. Vielmehr erhellet daraus deren Ungrund. Denn wäre das Jahr 1648. in den Reichsstädten das Entscheidungs-Jahr, so hätte die Kayserl. Formul nicht geändert werden dürfen, sondern die nach dem 1ten Januar eingeführte Clerisey in den Evangelischen Reichsstädten ferner geduldet werden müssen.

Warum sollen II. die Worte tam active, quam passive sich auf den Clerum nicht schicken, welcher am 1ten Januar 1624. bereits vorhanden war? Ganz vernünftig schreibet hievon HENNIGES *in Medit. ad J. P.* In genere dicere possumus active relinqui monasteria, clerum, cives quando in eo, quod ipsius debetur, non impediuntur; e contra relinquuntur etiam passive, cum id præstant, faciuntque, quod ex pacto cum civitate inito, vel ex consuetudine aliove juris titulo præstare & facere debent.

Besage der Teutschen Uebersetzung des Osnabrückischen Friedensschluß sind III. die der Catholischen Religion verwandte Bürger, welche in Evangelischen Reichsstädten wohnen, in dem Stande, darin sie am 1ten Januar. 1624. gewesen, auch forthin mit den Geistlichen, so innerhalb besagter Zeit nicht eingeführet worden, zu dulden (a). Eine andere Bedeutung können die Worte deinceps quoque unmöglich haben. Man verordnete also nur, daß die Catholische Bürger in dem eben erwähnten Stande bleiben sollten. Dieses ist in sofern eine besondere Verordnung, als sie das den Reichsstädten eingeräumte Jus reformandi

formandi einschränket. Solche Einschränkung kömt aber dem Herrn Verfasser nicht zu statten, sondern bestärket vielmehr die in regula jenen zustehende Befugniß in non exceptis, und erweiset, daß nicht alle Civitatis mixtæ sind, worin Catholische Bürger geduldet werden müssen.

Dafern IV. die Worte pro tempore von denen 1648. lebenden Catholischen Bürgern zu verstehen, so enthalten sie, wie HENNIGES wohl anmerket, nur ein Beneficium personale derselben, und kommen also den jezt lebenden nicht zu statten. Er verstehet sie aber ganz recht dergestalt, daß dadurch angedeutet wird, wie immerhin so viele Catholische Bürger zu dulden sind, als sich am 1ten Januar 1624. in einer Evangelischen Reichsstadt befunden. Es ist nicht genug, daß der Herr Verfasser denen Auslegungen dieses grossen Mannes widerspricht, sondern er muß gläublichere beybringen, woran es in seinen Observationibus mangelt.

Wenn gleich V. die Worte, cum clero intra prædictum terminum non introducto, vom ganzen Jahr 1624. zu verstehen wären, so erwiesen sie doch, daß das Jahr 1648. kein Annus decretorius der Reichsstädte ist. Wie stehet es aber auch zu reimen, daß vermöge des Art. V. §. 29. die Catholische Bürger cum clero in dem Stand bleiben sollen, qui fuit 1. Januar. 1624., und daß ihnen die Possesion zu statten kommen soll, worin sie sich nicht nur am besagten Tage, sondern im ganzen Jahr 1624. befunden? Was bedeutet letztern Falls die Einschränkung auf den 1. Januar 1624?

VI. Handelt das Instrumentum pacis Art. V. §. 29. in verbis, non attento &c. nur von Evangelischen Reichsstädten, in quibus præter A. C. Exercitium nullum aliud *a magistratu & civibus* juxta morem & statuta cujusque loci anno 1624. introductum fuit. Diesen wird das Jus reformandi beygeleget, wenn zu besagter Zeit kein anders Exercitium Religionis von des Orts Obrigkeit eingeführet worden, obwohl in dessen Mauren einige Catholische Bürger samt der Catholischen Clerisey ihre Religion übeten. Damit reimet es sich gar wohl, daß Ueberlingen und Wangen Catholische Reichsstädte sind, obgleich das Catholische Exercitium daselbst nicht vom Rath und der Bürgerschaft, sondern von dem Bischof angeordnet ist. Bey den Catholischen geschiehet es gemeiniglich von der geistlichen Obrigkeit, nicht aber bey den Evangelischen. Dieser Jus circa sacra erstrecket sich also weiter, als dasjenige, so Catholische Geistliche Reichsstände üben, welche den grösten Theil desselben der Clerisey gutwillig überlassen.

(a) LUNIGS Reichs-Archiv *Part. Gen.* Tom. I.

§. V.

§. V.

Nicht nur in Ecclesiasticis, sondern auch in Politicis, quæ intuitu religionis sunt mutata, muß alles in dem Stande verbleiben, worin es sich am 1. Jan. 1624. befunden.

Der dritte Satz, welchen der Herr Verfasser zu behaupten suchet, ist dieser, daß vermöge des Friedensschlusses nur in ecclesiasticis nicht aber in politicis alles in dem Stande verbleiben müsse, worin es sich am 1ten Januar 1624. befunden.

Er vermeynet I. in dem von den mehresten Evangelischen gebilligten Altenburgischen Voto hätten diese beym MEIERN *Part. IV.* erkandt, daß, wegen der Kayserl. Gewalt in den Reichsstädten, ihnen nicht dieselbe Rechte beygeleget werden könnten, welche andern Reichsständen zukommen. Zwar wäre von selbigen darauf angetragen, daß die Evangelische Unterthanen Catholischer Landesherren auch in politicis in den Stand gesetzet werden mögten, worin sie sich 1624. befunden. Von den Catholischen sey aber solches II. verweigert, und endlich von den Evangelischen in die Einschränkung auf Kirchen-Sachen gewilliget.

Der Herr Verfasser hält III. dafür, daß da die Reichsbürger mehreren Theil am Regiment hätten, als die Landstände, diese aber ihre Catholische Mitstände und Unterthanen von den Rechten in politicis nicht ausschliessen könnten, welche nur ihnen 1624. zugestanden, so müsse eben wenig solches den Catholischen Bürgern in einer Reichsstadt wiederfahren. Ihm scheinet dieses so wunderbar zu seyn, als wenn ein Evangelischer Meister seinen Gesellen verwehren wollte, eine Catholische Kirche erbauen zu helfen, weil dessen Vorfahren es 1624. gethan.

Ich finde nun I. an den gemeldeten Orten dieses Geständniß nicht, und zwar beym MEIERN *Part. IV.* überall kein Altenburgisches Votum. Es wird auch in selbigen nur gesaget, „ was die Stadt Augspurg beträfe, sey es eine Causa mere politica, dabey weder Ihro Kayserl. Majestät, noch die Catholische Stände, als Catholische, interessiret: Zudem wäre es ein alter Streit, so sich anno 1545. durch Kaysers Carl V. Raths-Ordnung entsponnen, die ein Römischer Kayser wohl wieder ändern könnte.„ Ich absehe nicht, wie dieses beweiset, daß die Reichsstädte des Reformations-Rechts unfähig sind, welches denen höhern Reichsständen zustehet. Kayser Carl V. hatte verordnet, daß in der Raths-Wahl, und bey Besetzung der Stadt-Aemter zu Augspurg, die Catholische vor andern erwählet, und bestellet werden sollten (a). Diese Verordnung fochten die Evangelische an, und sie ist in dem Altenburgischen Voto keinesweges gebilliget, sondern vielmehr behauptet, ein Römischer Kayser könne dieselbe,

ſelbe, weil ſie widerrechtlich war, ändern, welches die Evangeliſche begehrten. Hätte man aber aus Liebe zum Frieden, es bey ſolcher Verordnung gelaſſen, ſo gebe dieſes nicht zu erkennen, daß die Evangeliſche dem Kayſer überall in den Reichsſtädten die Gewalt beygeleget haben, welche ſich Kayſer Carl V. zu Augſpurg anmaſſete. Sie hielten vielmehr dafür, daß ſelbigen ſowohl, als andern Ständen, die Jura ſuperioritatis zuſtehen (b). Was vielleicht vor Errichtung des Religions-Friedens der Kayſer zu verordnen befugt war, das konnte, ſolchem Frieden zuwider, nach deſſen Errichtung, er mit Gerechtigkeit nicht verfügen. Dieſer beſondern Umſtände halber wurde ein Temperament beliebet, und die Aemter zwiſchen beyden Religions-Verwandten getheilet.

Immittelſt wollen II. die Evangeliſche keinesweges behaupten, daß in profanis alles in den Stand geſetzet werden müſſe, worin es am 1ſten Januar 1624 ſich befunden, ſondern ſie begehren ſolches nur, dem Inſtrumento pacis Art. V. §. 2 gemäß, quando intuitu eccleſiaſticorum aliquid in politicis mutatum eſt, wie HENNIGES *d. l.* alſo bemerket: In ſacris ſimpliciter reponantur, in profanis, ſi mutatio intuitu religionis facta. Non omne enim quod in politicis a dicto anno & die mutatum eſt, ad hunc ſtatum exigitur, cum alias neceſſe foret non modo contractus omnes actusque, quibus in humana ſocietate opus eſt, tolli, verum etiam vi & autoritate deſtitui, quæ civitates poſthæc ex uſu reipublicæ & pro temporum conditione edicunt, vel etiam circa ipſam adminiſtrationis formam ex communi conſenſu mutant.

III. Könnte das Argument von den Landſtänden auf die Reichs-Bürger vielleicht gebrauchet werden, wenn eine Evangeliſche Stadt-Obrigkeit die wenige Catholiſche Bürger gutwillig am Regiment Theil nehmen laſſen wollte, und einige Evangeliſche Bürger ſich dawider ſetzeten. Aber von dieſem Fall iſt die Frage nicht, ſondern davon: Ob die Evangeliſche Stadt-Obrigkeiten wider ihren Willen die wenige Catholiſche Bürger am Stadt-Regiment Theil nehmen laſſen müſſen, wenn es im Entſcheidungs-Jahr nicht geſchehen? Dieſes widerfähret keinen Evangeliſchen Landſtänden und Unterthanen Catholiſcher Landesherren, mithin fällt das daher genommene Argument weg. Daß in einer Evangeliſchen Stadt ein Evangeliſcher Handwerksmann, der ſich ohne erhebliche Urſachen ein Gewiſſen daraus machet, Catholiſche Kirchen und Klöſter erbauen zu helfen, dazu genöthiget werden könne, glaube ich nicht, obwohl er ohne Grund die Obſervanz des Entſcheidungs-Jahrs vorſchützete. Denn wenn keine ganz beſondere Urſachen es erfordern, ſo zwinget man die Handwerksleute nicht, wider Willen jemanden zu arbeiten.

Die Kayserl. Gewalt äusserte sich vor Alters in den Reichsstädten keinesweges mehr, als in der andern Reichsstände Landen. Ohne jener Hülfe vermogten die Kayser wenig, und es bemerket der gelehrte Verfasser der Geschichte Churfürst Friederich *I.* von der Pfalz, „daß deren Freundschaft diesen Herrn in den Irrungen mit Kayser Friederich III. sehr zu Nutze kommen, weil selbige mehr als jetzt, zu bedeuten gehabt, und auf ihnen der gröste Theil der Kayserl. Macht beruhet habe, die ohne sie gar leicht in einer Unthätigkeit erhalten werden können.„

(a) Meiern P. V.

(b) Idem. P.

§. VI.

Der Westphälische Friedens-Schluß ist allerdings aus der Vorrede und dem ganzen Context zu erklären.

Es soll viertens auf die Præfation des Friedensschlusses nicht zu achten, noch er aus dem ganzen Context zu erklären seyn, weil die Articul von verschiedenen Personen entworfen sind. Aber dieses geschiehet bey Verfassung weitläuftiger wichtiger Verträge gemeiniglich, und wenn man auch eine einzige Person die Feder hauptsächlich führen lässet, so werden doch deren Entwürfe so sorgfältig geprüfet, und was dem Sinn der Compaciscenten ungemäß, so genau bemerket, daß man alle die zu der Handlung gebrauchet worden, als Verfasser des Tractats ansehen kann. Insonderheit ist bey der Westphälischen Friedenshandlung die gröste Sorgfalt beobachtet, und man hat, wie der Herr Verfasser anführet, die von beyden Theilen geschehene Aeuss:rungen zum Gebrauch der Conferenzien so fort drucken lassen, mithin ist ganz unglaublich, daß ein Wort ohne Widerspruch geblieben, welches den von allen Theilen angenommenen Principiis nicht gemäß war.

§. VII.

Wie fern die Verweigerung eines Postulati bey den Westphälischen Friedens-Tractaten jemanden seines vermeynten Rechts verlustig gemachet.

Der Herr Verfasser stehet fünftens in den Gedanken, Derelictionem postulati erga surrogatum ei non æquivalens renunciationem omnino arguere. Wenn die Obrigkeit jemanden etwas versaget, so wird es ihm aberkannt. In dieser Qualität erschienen aber die Kayserl. Gesandten bey den Westphälischen Friedens-Tractaten keinesweges, sondern gleich den Evangelischen, als Kriegführende und den Frieden wünschende Partheien. Dadurch daß jene diesen ein und anders begehrte versagten, wurden die leztere dessen nicht verlustig, sondern die Sache bliebe unentschieden, wie in meiner Nebenstunden *IV.* Theils *XXVII.* Abhandlung §. 12. bereits angemerket worden. Wenn man aber anstatt des geforderten etwas anders annahm, wie z. E. anstatt des zum Entschei-

dungs-

dungs-Jahr von den Evangelischen verlangten Jahrs 1618, das Jahr 1642. bestimmet wurde, so erhellet daraus allerdings ein Verzicht auf das anfangs geforderte. Vielleicht siehet der Herr Verfasser die Sache eben so an, weil er von einer Derelictione postulati erga surrogatum ei non æquipollens handelt, p. 41. behauptet ex silentio compaciscentium in tractatibus assensum non induci, und p. 42. derelictionem propositionis assertivæ solam in tractatibus pacis Westphalicæ renunciationem non arguere.

§. VIII.

Er vermeynet jedoch eben daselbst, der Evangelischen Begehren, daß eine solche Gleichheit zwischen den Ständen beyder Religionen gehalten werden solle, daß keiner in Ansehung der Religion in Rechten und Würden, noch sonsten in einigerley Wege dem andern vorgezogen, und ungleich geachtet werde, über daß alle dasjenige, wessen sich die Catholische in ihren Ländern gebrauchen, auch den Evangelischen in ihren Ländern und Gebiethen frey und unverbothen sey (a); müsse als eine Propositio derelicta angesehen werden. Was ihn auf diese Gedanken bringet, fällt mir unbegreiflich, da der Friedensschluß Art. V. §. 1. ausdrücklich will, ut inter utriusque religionis Electores, Principes, status omnes & singulos sit æqualitas exacta mutuaque, quatenus formæ reipublicæ, constitutionibus imperii, & præsenti conventioni conforme est, ita ut quod uni parti justum est, alteri quoque sit justum; auch in §. 30. 31. 32. 48. 49. ihnen ganz gleiche Rechte beygeleget werden.

Die gleiche Rechte mit den Catholischen sind den Evangelischen keinesweges versaget, sondern vielmehr ausdrücklich eingeräumet.

Mit eben so wenigem Grunde hält der Verfasser die in gewissen Umständen bedungene Selbsthülfe (b), deswegen für ein verworfenes Postulatum, weil die Kayserliche bey dem Art. XV. moniret: *inprimis deputentur* deleri debent usque ad verbum *fuerit*. Die Worte, welche weggelassen werden sollten, lauten nun also: Inprimis deputentur utrinque commissarii, qui secundum Circulorum proportionem exercitus per imperium distribuant, assignatis uniuscujusque stativis, ubi sub dominorum cujusque loci directione & dispositione commode pacateque vivant, donec ipsis ex conventione ea de re inita satisfactum fuerit. Hier ist nun ganz keine Rede von der Selbsthülfe, sondern von der Satisfaction militiæ, und wenn man jene nicht gestatten wollen, so hätte der Art. VII. §. 6. wegbleiben müssen.

(a) MEIERN Part. III.

(b) Idem Part. IV.

§. IX.

In dem Original des Friedensschlusses heisset es Art. V. §. 29. cum clero intra prædictum terminum non introducto.

Der Herr Verfasser bemerket, daß in dem Schwedischen Exemplar des Friedensschlusses Art. V. §. 29. es nicht heisset: *cum* clero intra prædictum terminum introducto, sondern das Wort *cum* weggelassen ist. Die Meiersche Ausgabe hat ihn nicht ohne Ursach solches glauben gemachet. Aber diese ist hierin fehlerhaft, wie aus folgendem Schreiben des Hochfürstl. Hessischen Herrn Raths Arckenholz an den Königl. und Chur-Braunschweigischen Herrn Hofrath und Historiographum Jung vom 14. Oct. 1765. erhellet: Enfin je puis vous dire, ce qui en est, de la commission, que vous me donnates, quand j'eus l'honneur de m'entretenir chez vous. Ce qui a trainé l'affaire, à ne vous pas en instruire plutot, c'est que M. de Stiernmann, Conseiller de la Chancellerie & Secretaire des Archives de Suede étant mort, il a fallu attendre jusqu'à ce que les Actes fussent inventarisés, & mon Commissionaire M. le Secretaire Strand s'étant mis à examiner l'Article V. §. 11. (29) de l'instrument original de la Paix d'Osnabrug, écrit en pargement; il y a trouvé le mot conteste *cum* exprime en des lettres clairs & lisibles: ce donc Mr. Fricko, Secretaire du Roi, qui y a assisté, pourra rendre témoignage en cas de besoin. Il faut donc, que l'omission de ce mot est une faut du copiste, de même que la notre, savoir de Mr. Stiernmann & moi, qui ne l'avons pas remarqué, en collationnant ensemble la copie avec l'original. Gleichwie übrigens der Herr Verfasser behauptet, ex silentio non induci assensum, so muß auch niemand dafür halten, daß ich diejenige in seiner Schrift befindliche Sätze billige, denen ich nicht widersprochen habe. Ich überlasse andern derselben Prüfung, welche mehrere Zeit dazu haben als ich und deren Beruf sie erfordert.

CII. Bedenken.

Die Chur-Braunschweigische Edicte, welche die Strafen der Hausdiebereyen schärfen, reden von keinen Minderjährigen, die das 14. Jahr nicht zurück geleget haben.

Anna Margaretha Arnolds wenig über 12 Jahr alt, hat ihrem Brodherrn, dem sie die Kühe gehütet, verschiedene Sachen diebischer Weise entwandt, welche er auf 2 Thlr. 4 Pf. schätzte. Es entstund daher ein Zweifel, welchergestalt sie nach den Chur-Braunschweigischen Edicten zu bestrafen sey. Die Verordnung vom 7ten Jan. 1710. will, daß wenn das Gestohlene weder 5 Rthl. werth, noch der Dieb 18 Jahr alt, es mit perpetuirlicher Condemnation ad

operas

operas publicas oder mit dem Werk- und Spinnhause geschehen soll. Wenigstens schiene daher die Inquisitin zu verdienen, daß man sie auf einige Zeit in das Zuchthaus schickete. Die Königl. Landes-Regierung hielte aber dafür, daß da selbige zur Zeit des begangenen Diebstahls von so jungen Jahren gewesen, daß sie von ihrem Delicto keinen genugsamen Begriff haben können, sie auch damit zu verschonen sey, folglich wurde am 22. Nov. 1747. erkandt, „daß Inquisitin, ausser ihrer bisherigen Gefangenschaft mit 6 wöchiger Gefängnißstrafe, und zwar die letzte 8 Tage alternatim bey Speisung Wassers und Brodt beleget werden solle.„ Diese Declaration des Gesetzgebers ist der natürlichen Billigkeit, und denen Rechten gemäß, massen nicht zu vermuthen, daß die Edicte alle Hausdiebe, welche nicht 18. Jahr alt, mit derselben Strafe beleget wissen wollen. Sie thun der Knaben und Mägdlein, welche unter 14 Jahr alt, keine ausdrückliche Meldung, weil selbige sehr selten andern zu dienen vermögen. Deswegen bleibet es derenthalben billig bey der peinlichen Halsgerichts Ordnung, welche Art. 64. also lautet: „Wo aber der Dieb nahe bey 14 Jahr alt wäre, und der Diebstahl groß, oder obbestimmte beschwerliche Umstände, so gefährlich, dabey gefunden würden, so sollen Richter und Urtheiler deshalben auch Raths pflegen, wie ein solcher junger Dieb an Guth, Leib und Leben zu bestrafen sey.„ Hier war die Diebin nur minus plene pubet, und der Diebstahl weder groß, noch gefährlich, daher eine willkührliche Strafe Platz fande (a).

(a) KRESS *ad C. C.* Art. 179. §. 2. num. 3. PUFENDORF *in Processu criminali* cap. 25. §. 28. COCCEJUS Tom. III. Resp. 83. num. 6. 8 9.

CIII. Bedenken.

Demjenigen, welcher eine im Streit befangene Sache kaufet, ist der Verkäufer zur Gewährsleistung verbunden.

Es heisset in L. 27. C. de Evictionibus: Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. Hieraus folgern einige, daß derjenige, welcher eine im Streit befangene Sache wissentlich kaufet, keine Gewährsleistung fordern könne (a). Es ist aber im besagten Lege die Rede nicht von dem Fall, wenn der Käufer gewust, daß die gekaufte Sache jemand in Anspruch nimmt, sondern wenn er versichert gewesen, daß sie einem andern gehöre, und selbigem widerrechtlich entzogen worden, von welchem auf den Fall kein Schluß

zu machen, wenn der Käufer geglaubet, der Verkäufer habe das Recht sie zu verkaufen, und es werde solches von einem andern widerrechtlich in Zweifel gezogen. Es wendet zwar Leyser ein, incertitudinem movere debuisse emtorem, ut pacto sibi prospiceret, quod, dum non fecit, litis eventum emisse censeri. Aber von niemand ist zu vermuthen, daß er sich seines Rechts begeben, und vielmehr gläublich, daß der Käufer nur die Gefahr übernehmen wollen, dafern der Proceß verlohren gehen sollte, die gekaufte Sache zurückzugeben, und das Kaufgeld wieder anzunehmen. Ein anders wäre es, wenn der Verkäufer dem Käufer vorher gesaget hätte, daß er nur ein zweifelhaftes Recht verkaufe, und es dahin stehe, ob solches zu behaupten sey.

(a) Boehmer Tom. II. Resp. 421. num. 59. Leyser Spec. 240. Med. I.

(b) Voet *ad ff. Tit. de Evictionibus* num. 31.

CIV. Bedenken.

Wem lieget der Beweiß ob, zu welcher Zeit derjenige gestorben, welcher wegen seiner langen Abwesenheit für todt zu halten ist.

Es wird billig vermuthet, daß ein abwesender 70jähriger Mann, welcher den Anverwandten in geraumer Zeit von seinem Aufenthalt keine Nachricht gegeben, nicht mehr lebet, weil die wenigste Menschen ein solches Alter erreichen. Zu welcher Zeit er aber nach rechtlicher Vermuthung mit Tode abgegangen, ist grossem Zweifel unterworfen. Leyser *Spec.* 96. *Med.* 9. hält ganz recht dafür, es sey nicht gläublich, daß selbiger gleich zu der Zeit gestorben, als er von seinem Aufenthalt niemanden Nachricht ertheilet, mithin man nicht gewust, ob er lebe oder todt sey. Zwar wirfet Lyncker *Dec.* 1478. dawider ein, weil niemand das Seinige ohne Nachfrage lange liegen lasse, so wäre zu vermuthen, daß der Absens bald nach seiner Abwesenheit gestorben. Aber dieses findet nur alsdenn Anwendung, wenn selbiger in seiner Heimath etwas zu fordern gehabt, nicht aber wenn dessen Eltern annoch im Leben gewesen, oder er keine Erbschaft hoffen dürfen, noch einiges Vermögen hinterlassen hat. Eben so ungläublich scheinet es mir zu seyn, daß der Abwesende allererst zu der Zeit gestorben, als er 70 Jahr alt, oder pro mortuo declariret worden, wie Leyser *d. l.* dafür hält. Ganz recht schreibet Lyncker *Vol. I. Resp. 5. num.* 14.: „Es folget nicht post effluxum 70. annorum kann ein Auswärtiger nicht mehr am Leben seyn, E. ist er eben in dem 70. Jahr gestorben.„ Titius wuste, daß er einen väterli-

chen

chen Nachlaß zu erwarten hatte, und deswegen war ganz unglaublich, daß derselbe in sehr vielen Jahren deswegen keine Nachfrage gethan, und nicht vielmehr in jüngern Jahren mit Tode abgegangen. Den Klägern, welche dessen Erbschaft begehrten, lage also ob, die Zeit seines Todes, als den Grund der Klage, zu erweisen (a).

(a) TUSCHUS Lit. M. Concl. 400. num. 3. PACIANUS *de Probationibus* Lib. II. Cap 24. n. 4. 14. 27. REYGER *Thesaur. juris Voc. Mors* num. 25. STRYCK *de Successione ab intestato* Diss. 10. §. 15. 16. LYNCKER Resol. 428.

CV. Bedenken.

Wenn der Ehemann, eines begangenen Ehebruchs halber, seine Frau nicht in Anspruch genommen hat, so sind dessen Kinder dazu unbefugt, er mag ihre Untreue erfahren haben oder nicht.

Als aus des verstorbenen Caji Nachlaß dessen hinterlassene Wittwe ihren Brautschatz und anderes Eingebrachtes forderte, wandten deren Kinder Vormünder ein, es sey stadtkündig, daß sie einen Ehebruch begangen, und bey des Mannes Lebzeiten, währender seiner langen Abwesenheit, eines Kindes genesen, mithin, den bekannten Rechten nach, sich des Eingebrachten verlustig gemachet habe. Die Klägerin konnte den Ehebruch in keine Abrede stellen, und suchte ihn damit zu entschuldigen, daß sie geglaubet, ihr Mann, der sie verlassen, und sich in Kriegesdienste begeben, sey nicht mehr im Leben. Sie schüzte anbey vor, es werde eine Frau des Brautschatzes nicht verlustig, wenn der Mann gestorben, bevor er von ihrem Verbrechen Nachricht erhalten, welcher Fall allhier vorhanden war. Es erkandte auch der Richter erster Instanz 1765. „daß pro ignorantia vel remissione tacita adulterii a parte mariti facta zu præsumiren, daher die Privatio dermahlen nicht stattnehmig sey.„ Dieses Erkenntniß bestätigte die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley 1766. deswegen, weil der Anspruch, welchen der Wittwe Ehemann an ihr Vermögen machen können, auf seine Erben nicht vererbet worden. Denn es kömmt hier keinesweges darauf an, ob des Mannes Remissio injuriæ zu vermuthen, sondern ob die ihm zugestandene Action auf seine Kinder vererbfället ist? Dieses wird billig verneinet, quia tendit ad vindictam, & omnis actio injuriarum non transit ad heredes, etsi mortuus illatas injurias ignoravit (a). Zwar wendet Herr Geheimter

Rath

Rath J. S. BOEHMER *ad Carpzov qu.* 55. *Obſ.* 3. dawider ein, admodum vacillare comparationem cum actione injuriarum heredibus denegata, & ſola hac ratione ſubverti, quod alia ſit conditio actionis civilis, qua heredes pœnam ſibi perſequuntur, alia coercitionis adulterii, quæ meræ ſatisfactionis publicæ cauſa comparata ſit. Allein ſolchenfalls müſte der Brautſchatz dem Fiſco zu Theil werden, der gleichwohl dem Mann gebühret propter injuriam ipſi illatam; daher denn LEYSER *d. l.* ganz recht ſaget, hanc actionem civilem naſci ex adulterio, und KRESS *ad C.C. Art.* 120. *num.* 4. nennet es ein Intereſſe civile conjugis reſpectu divortii ſc. amittendæque dotis.

(a) BERLICH Part. IV. Concl. 30. n. 13. 14. VOET *ad ff. Tit. ad L. Juliam de adulteriis coercendis* num. 16. STRYCK *U. M. d. Tit.* §. 9. ECKOLT *ad ff. Tit. Soluto matrimonio* §. 6. BERGER *O. J.* Lib. III. Tit. XI. §. 3. not. 4. BOEHMER *J. E. P.* Lib. IV. Tit. 20. §. 25. LEYSER Spec. 579. Med. 26.

CVI. Bedenken.

Zur Beglaubigung eines Protocolls in peinlichen Sachen, iſt nach den Chur-Braunſchweig-Lüneburgiſchen Rechten hinlänglich, wenn es der Notarius nach deſſen Abfaſſung beſchwöret.

In der Königl. und Chur-Braunſchweigiſchen *Criminal-Inſtruction Cap. I.* §. 7. 8. iſt verſehen, „ daß wenn einer der Beamten krank, oder abweſend, oder auch das Amt nur mit einer Perſon beſetzet iſt, entweder ein bey denſelbigen befindlicher auf die Criminal Sachen in ſpecie mit beeydigter Auditor, oder von dem benachbarten Amt eine ſchon verpflichtete Gerichts-Perſon, allenfalls aber ein tüchtiger Notarius zu Fortſetzung des Inquiſitions-Proceſſes zu erfordern, und letzterer zu dieſem Acta zu beeydigen, auch ſolches vermittelſt einer beſondern Regiſtratur ad acta zu notiren, ſolchergeſtalt, daß in groſſen Verbrechen, worauf eine Lebens- oder harte Leibesſtrafe, oder auch eine Landes Verweiſung erfolgen könnte, keine Verhöre, weder der Gefangenen, noch der Zeugen oder andere dergleichen gerichtliche Handlungen, woran viel gelegen, ohne Beobachtung desjenigen, was von Zuziehung einer ſchon verpflichteten Gerichts-Perſon oder eines Notarii verordnet worden, vorgenommen werden ſollen. „ Die Beeydigung des Notarii war in einer ſehr wichtigen Inquiſitions-Sache unterblieben, und daher mögte man dafür halten, es ſey der

ganze

ganze Proceß nichtig ; und müſten alle Verhöre wiederholet werden, weil die Verabſäumung desjenigen, ſo der Geſetzgeber als ein Formale erfordert, die Handlung vernichtiget. Allein es iſt nicht zu vermuthen, daß ſeine Abſicht dahin gehet, dafern nur Kleinigkeiten verſäumet worden, ohne daß daraus jemanden ein Nachtheil entſtanden (a), bevorab wenn der Mangel annoch erſetzet werden kann. Von Sachen, woſelbſt der Notarius ſich den Gerichten, in welchen er das Protocoll führet, mittelſt Eydes verbindlich machen muß, ſchreibet WERNHER *Part. I. Obſ.* 113. *num.* 5.: Plane ex poſtfacto Notarius peculiari juramento veritatem actorum a ſe conſignatorum confirmare poteſt. Er thut aber hinzu: Modo hoc caſu utraque pars conſentiat. Parti enim invitæ jus per nullitatem quæſitum interverti nequit. Da aber dem Angeführten nach nicht zu vermuthen, daß der Geſetzgeber ſolche Formalitäten ſub pœna nullitatis erfordert hat, deren Unterlaſſung niemanden ſchadet, und die immer ergänzet werden können, ein Juramentum aſſertorium auch ſo verbindlich iſt, als das Promiſſorium, und derjenige ſo da ſchwöret, daß der Inhalt eines Protocolls, der Wahrheit gemäß, ſo vielen Glauben verdienet, als wer eydlich verſpricht, nicht geſtatten zu wollen, daß man etwas Unwahres niederſchreibe, ſo erforderte die Königl. Juſtitz-Canzley 1766. nur, daß der Notarius das Protocoll annoch beſchwöre.

(a) MEVIUS Part. II. Dec. 29. num. 4. Dec. 310. num. 6. LEYSER Spec. 292. Med. I.

CVII. Bedenken.

Wer ſich einem Herrn zu allerley Dienſten, wozu er tüchtig, verbindlich gemachet hat, iſt ein in der erſten Claſſe der Gläubiger zu befriedigender Liedlöhner, wenn er gleich Koſtgeld empfangen, und in ſeines Herrn Wohnung des Nachts nicht geſchlafen.

Unter des Cridarii Cosmann Berend Lehmanns Gläubigern war ſein geweſener Bedienter David Levi, der 460 Rthl. rückſtändiges Lohn forderte, welchem der Curator aber die Qualität eines Liedlöhners ſtreitig machte, weil er dem Cridario nicht in ſeinem Hauſe, ſondern zu Bremen und in Oſtfriesland gedienet hat, auch demſelben kein gewiſſer Lohn verſprochen ſeyn ſollte. Nun muß derjenige, welcher als ein Dienſtbothe in der erſten Claſſe der Gläubiger befriediget ſeyn will, in Koſt und Lohn geſtanden haben (a). Andere Bediente, ſo Salaria empfangen, genieſſen dieſes Vorzugsrechts nicht (b), noch auch der

Kaufleute Factors, welche auſſer deren Häuſern wohnen, und ſich ſelbſt beköſtigen (c). Die Zeugen deponirten aber, der Cridarius habe den Liquidanten zu Ausrichtung ſeiner auswärtigen Geſchäfte angenommen, welche vermuthlich darin beſtanden, daß er, gleich einem Factor, Vivres kaufen und überſenden müſſen. Einige Rechtslehrer halten auch diejenige nicht für Liedlöhner, denen kein gewiſſer Lohn verſprochen worden (d). Ein Zeuge ſagte aber aus, daß anfangs kein Lohn mit dem Liquidanten accordiret, ſondern, nach deſſen Erzählung, ihm hiernächſt monathlich 4 Louisd'Or verſprochen wären, welches vielleicht wenige Zeit vor dem entſtandenen Concurs geſchehen.

Es iſt aber ganz einerley, ob man geſpeiſet wird, oder Koſtgeld empfänget (e). Nach der Zeugen Auſſage hatte der Cridarius durch einen andern dem Liquidanten die Koſt verſchaffen laſſen, und nachdem ſelbiger von Emden abgereiſet, er ſelbſt das zu ſeinem Unterhalt nöthige Geld vorgeſchoſſen. Die Wohnung in des Dienſtherrn Hauſe wird nicht erfordert, um ein Vorzugsrecht zu erlangen. Dieſes iſt ein Ueberbleibſel des Sächſiſchen Landrechts, worin es *Lib.* I. *Art.* 21. heiſſet: „Von dem Erb ſoll man erſtlich dem Geſind geben ihren Lohn, ſo viel ihm gebührt, bis an den Tag da ihr Herr ſtarb„ (f). Das Famulitium beſtehet aber eigentlich darin, daß ſich jemand verbindlich machet, einem Herrn alle diejenige Dienſte zu leiſten, wozu er nach ſeinem Stande tüchtig iſt, daher der Herr von PUFENDORF *Part. I. Obſ.* 205. §. 2. das Privilegium denjenigen beyleget, qui pro annuo ſalario *omnes operas ſuas* alicui addixerunt; und KEMMERICH *in Acceſſionibus Inſtitutionum juris civilis Lib. I. Sect.* 2. *Tit.* 5. §. 6. bemerket ganz recht, daß eine ſolche allgemeine Unterwerfung die naturam ſocietatis herilis ausmachet. Cum enim, ſind ſeine Worte, finis, quem dominus intendit, varias requirat operas, quæ, ob infinitam circumſtantiarum varietatem, pacto ſocietatis definiri nequeunt, penes illum definitio erit, qui cauſa principalis ſocietatis eſt i. e. dominum. In ſolcher Verbindlichkeit ſtünde nun der Liquidant. Ganz eine andere Bewandniß hat es mit den Factoren, welchen nur gewiſſe Geſchäfte gegen eine bedungene Belohnung aufgetragen worden, und die ſich von mehreren Kaufleuten gebrauchen laſſen.

Es muß auch nicht nothwendig ein benannter Lohn verſprochen ſeyn, ſondern er iſt, wenn es unterblieben, vom Richter nach der Billigkeit zu beſtimmen (g). Auch kann das verſprochene Quantum, in Ermangelung anderen Beweiſes, mit des Dienſtbothen Eyd dargethan werden (h). Die Königl. Hannöverſche Juſtiz-Canzley erkandte daher 1766: „Würde Liquidant eidlich erhärten, daß er 23. Monath in Cosmann Berend Lehmanns Dienſten geſtanden,

ihm

ihm zum Lohn monathlich 4. Piſtolen verſprochen worden, auch ſo lange Warendorf bey demſelben geweſen, er von dieſem beköſtiget ſey, nachher aber die Zehrungskoſten mit 40. Rthl. vorgeſchoſſen habe, ſo ſind ihm ſolche nebſt 460. Rthl. Liedlohn vor andern Gläubigern in der erſten Claſſe zu bezahlen.

Ein faſt gleicher Fall wurde in Sachen Georg Traugott Preus, wider den Cosmann Bedrend Lehmanniſchen Curatorem 1766. entſchieden. Dieſer war des Cridarii Caſſenſchreiber geweſen. Hatte aber in deſſen Hauſe weder gegeſſen, noch geſchlaffen. Er wurde nicht nur zum Schreiben, ſondern zu allerhand Verrichtungen gebrauchet, daher er eine groſſe Diäten-Rechnung wegen gethaner vieler Reiſen formirte. Man hielte ihn pro mercenario, qui omnes ſuas operas cridario addixit, und erkandte, daß er mit 3 monatlichen Lohn vor andern Gläubigern in der erſten Claſſe zu befriedigen ſey.

(a) MEVIUS *ad jus Lubec.* Part. III, Tit. I. Art. XI. num. 63. LEYSER Spec. 484. Coroll. 2.

(b) Hartmann PISTOR Lib. I, qu. 8. nnm. 12.

(c) CARPZOV Part. I, Conſt. 28. Def. 28.

(d) CARPZOV *d. l.* Def. 25. MARTINI *ad O. P. S.* Tit. 42. §. 5. num. 23. 25.

(e) RICHTER *de Privilegiis Creditorum* Cap. 2. Membr. 3. num. II. BRUNNEMANN *de Concurſu Creditorum* Cap. 5. §. 16. LUDOVICI Einleitung zum Concurs-Prozeß Cap. 10. §. 17. WERNHER Part. III. Obſ. 1-29. Herr von PUFENDORF Part. I. Obſ. 104. §. 4. Obſ. 205. §. 2.

(f) LUDOVICI *d. l.* §. 16. Herr G. L. BOEHMER *de Jure mercedis opificum in concurſu creditorum* §. 15.

(g) CHEMNITIUS *de Concurſu creditorum* num. 66. BRUNNEMANN *d. l.* §. 16. LUDOVICI *d. l.* §. 18.

(h) CARPZOV *d. l.* Def. 35. RICHTER *d. l.* num. 27. BOEHMER Tom. III. Part. III, Dec. 704. num. 10.

CVIII. Bedenken.

Ob derjenige, so einem Kaufmann zum Behuef einer gewissen Handlung Geld geliehen, aus den dazu gehörigen Waaren und Activ-Schulden vor andern Gläubigern zu befriedigen ist.

Es forderte Salamon Heinemann, Schutz-Jude zu Wunstorf, von Cosmann Berend Lehmann 7446. Rthl. 27. Gr. wegen gelieferten Heues und Strohes, laut einer von demselben am 3. Aug. 1763. unterschriebenen Rechnung. Er vermeynte, daß ihm ein Jus separationis zustehe, und er vor andern Gläubigern mit gewissen aus England erwarteten Geldern befriediget werden müsse, weil seine Lieferung nicht zum General-Hospital, (welches Lehmann zu besorgen übernommen) sondern dem Chevalier Cockburn Behuef eines Englischen Magazins geschehen sey. Die Klage wurde in dem L. 5. §. 15. ff. de Tributoria actione gegründet, worin es heisset: Si servus negotiationes exercebat, sagariam & linteariam, & separatas habuit creditores, puto separatim eos in tributum vocari. Unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi credidit. Hier ist zwar die Rede von einem Servo; viele dähnen aber das Gesetz auf alle freye Leute aus (a), und dieses müste geschehen, wenn es sich in der natürlichen Billigkeit gründet, welches TITIUS *ad Lauterbach Obs.* 425. folgendergestalt zu behaupten vermeynet: Si homo liber plures exerceat negotiationes, singulorumque intuitu peculiares habeat creditores, tum manifesta æquitas separationem bonorum imperat, aut si jam separata sint, conjugi prohibet. Iniquum enim foret, si alterius negligentia jus aliorum propria vigilantia quæsitum imminueret. Nun waren die Versorgung des Hospitals, und die dem Chevalier Cockburn gethane Lieferungen besondere Geschäfte, daher es das Ansehen gewinnet, als sey der Liquidant mit dem Gelde zu vergnügen, welches der Cockburnischen Lieferung halber aus Engeland einlaufen mögte, wenn gleich ältere Lehmannische Gläubiger vorhanden sind.

Allein 1) mißbilligen andere die Ausdehnung des obangeführten Gesetzes auf freye Leute (b). Es lässet sich hievon BEYER ad ff. Tit. de Tributoria actione also vernehmen: Beneficium quasi separationis non plus videtur utilitatis habere, quam actio tributoria, neque recte ad liberi hominis diversas negotiationes extenditur, quippe cum servi pro nullis habiti, merci potius, quam personæ creditum videbatur, indeque oriebatur separatio. At liberi hominis persona obligatur, æsque alienum, quod contrahit, totum ipsius patrimonium minuit.

2) Soll

2) Soll die Ratio æquitatis darin bestehen, daß ein Gläubiger, indem er besonders auf eine Tabernam oder Negotiationem utiliorem sein Geld hergeschossen, sich besser vorgesehen als der andere, welches auch FABER in Rational ad d. L. für dessen Ursach hält. Dieses aber findet in dem gegenwärtigen Fall überall keine Anwendung. Denn der Liquidant hatte sich kein besonders Recht wegen der gelieferten Früchten bedungen, und ihm war gewiß das prætendirte Jus separationis zur Zeit der gethanen Lieferung unbekannt, mithin ist er nicht vorsichtiger, als des Cridarii andere Gläubiger gewesen, noch hatte derselbe zu glauben Ursach, das was dem Cosman Behrend Lehmann vermöge des Cockburnischen Contracts gebührte, die Engländer richtiger bezahlen würden, als dessen übrige Lieferungen.

3) Erhellet aus dem L. 5. §. 15. auf das klareste, daß daselbst von einem per institorem, und nicht vom Kaufmann selbst geschlossenen Handel die Rede ist, wie HUBER *ad ff. Tit. de Tributoria actione num.* 4. also wohl bemerket: Si debitor plures tabernas per se exercet, non locum invenit jus separationis. Textus enim, qui de actione ex alieno contractu nata loquitur, ad obligationes ab ipso debitore immediate contractos, non debet produci. Nun war der Samuel Meyer, welcher die Früchten von den Liquidanten gekaufet hatte, ein bloßer Mandatarius des Cosmann Berend Lehmanns, wie er sich also selbst in dem Contract nannte. Ein Institor ist aber nur derjenige, welcher eine gewisse ganze Handlung besorget, nicht aber nur ein und anderes Geschäfte ausrichtet (c).

Endlich 4) erhellet nicht einmahl, daß hier diversæ tabernæ oder negotiationes vorhanden gewesen. Es heisset in dem oft angeführten L. 5. §. 17.: Plane si in eadem taberna merces deferebantur, licet hæ, quæ extent, ex unius creditoris pecunia sint comparatæ, dicendum erit, in tributum venire, nisi fuerint creditori pignoratæ. Der Cridarius wird in actis General-Entrepreneur genannt, welches so viel bedeutet, daß er übernommen zum Behuef der Englischen Armée Liefrungen zu thun. Aus demselben Comtoir versahe er die Hospitäler, und den Chevalier Cockburn. Die verschiedene Qualität der gelieferten Waaren, wirket kein Jus separationis. Vermuthlich wurde die Sagaria und Lintearia, wovon der L. 5. handelt, ganz besonders administriret, & sic non deferebantur merces in eandem tabernam. Es ist daher 1766. von der Königl. Hannöverschen Justitz-Canzley erkandt, „daß bewandten Umständen nach Liquidant mit dem begehrten Jure separationis ab und zur Ruhe zu verweisen.

(a) MEVIUS *ad Jus Lubec.* Part. III. Tit. I. Art. 10. num. 58. STRYCK *U. M. ff. Tit. de Tributoria actione* §. 2. COCCEJUS *Jur. Controv. d. Tit.* qu. 3.

(b) LAUTERBACH *C. T. P. ff. d. Tit.* §. 7. HEINECCIUS *in Elementis juris civilis secundum ordinem ff.* Part. III. §. 163.

(c) LEYSER Spec. 161. Med. 6. 7.

CIX. Bedenken.

Die Unwissenheit der Rechte entschuldiget die Frauenspersonen, welche etwas versäumet haben, wenn sie gleich Rechtsgelehrte zu Rath ziehen können.

Wegen Unwissenheit der Rechte gedeihet billig den Frauenspersonen, die im Proceß etwas versäumet haben, Restitutio in integrum an, wenn sie gleich Rechtsgelehrte zu Rath ziehen können. Mag solches nicht geschehen, so ist selbige keinen der Rechte Unkündigen zu versagen, mithin wären die Gesetze überflüssig, welche besonders zum besten des weiblichen Geschlechts verordnen, daß ihm diese Rechtswohlthat wiederfahren soll (a). Die Königl. Hannöversche Justiz Canzley hat also 1764. in Sachen der Schädlerschen Erben wider den Göttingischen Stadt-Magistrat, und 1766. in Sachen Bode wider den Clausischen Curatorem bonorum erkandt.

(a) ODDUS *de Restitutione in integrum* Part. I. qu. 10. art. 8. MARTINI *de Auxilio restitutionis in integrum sexui fœminino competente* Cap. I. §. 15. BOEHMER Tom. II. Resp. 139. num. 24. 25.

CX. Bedenken.

Wenn die Zeugen, welche bey der Errichtung eines Testaments gegenwärtig gewesen, zur Zeit der Eröfnung desselben, nicht mehr im Leben sind, so muß die Richtigkeit ihrer Unterschriften von den sich darin gründeten erwiesen werden.

Die Meynung derjenigen, welche ein Testament für kraftlos halten, wenn zur Zeit der Eröfnung desselben die Zeugen verstorben sind, vor welchen es errichtet worden (a), wird von den mehresten mit gutem Grunde verworfen, weil

weil die Richtigkeit solcher Unterschriften auf andere Weise dargethan werden kann (b). Es muß denjenigen, welche es anfechten, ad recognoscendum vel jurato diffitendum vorgeleget werden (c), und wenn die Diffession geschiehet, man den Producenten zum Beweis der Richtigkeit der Unterschriften lassen (d), welche allenfalls per comparationem litterarum geschehen kann.

(a) BARRY *de Successionibus* Lib. XI. Tit. I. num. 2.

(b) VINNIUS *ad Inst.* Lib. II. Tit. 10. §. 7. num. 3. VOET *ad ff* Lib. 29. Tit. 3. §. 1. SCHILTER Ex. 38. §. 174. qu. 1. HERTIUS *de Apertura testamentorum* §. 23. TITIUS *ad Lauterbach* Obs. 903.

(c) MANZIUS *de Testamento valido & invalido* Tit. 5. Qu. 5. num. 31. BOEHMER Tom. III. Part. III. Resp. 720. num. 10. 14. 15. 19. 20. 23. 26. 32. 42.

(d) MEVIUS Part. III. Dec. 172. Part. VI. Dec. 278. BRUNNEMANN *in Processu Civili* Cap. XIX. num. 36. HERTIUS Vol. II. Dec. 406. num. 4. BOEHMER *d. l.* num. 28. WERNHER Tom. III. Part. I. Obs. 49.

CXI. Bedenken.

Nach den Teutschen Rechten ist die von einem Minderjährigen, der keinen Vormund hat, geschehene Veräusserung seiner Güther nichtig.

Daß nach den Römischen Rechten ein Minderjähriger, welcher keinen Curatorem hatte, seine Güther zu veräussern befuget war, erhellet aus folgender Verordnung des L. 1. C. de in integrum restitutionibus: Si curatorem habens minor quinque & viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Prætore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora præfinita excesserint, causa cognita non prohiberis. Kann also dem Minderjährigen nur mittelst der Restitution geholfen werden, wenn er keinen Curatorem hat, so muß derselbe eine Verletzung erweisen. Zwar wird eingeworfen, daß da ein Minor mit seines Curatoris Wissen und Willen ohne der Obrigkeit Genehmigung keine unbewegliche Güther veräussern darf, so sey es abgeschmackt, ihm allein solches zu erlauben, wenn er keinen Curatorem hat, mithin rede der angeführte Lex nur von beweglichen Güthern, die ohne Schaden nicht beybehalten

halten werden können (a). Aber das Abgeschmackte fällt hinweg, wenn man erweget, daß die Römer keinen Minorem nöthigten, einem Curatori die Verwaltung des Seinigen zu übergeben. Dieses geschahe aber von demjenigen, welcher einen solchen verlangte, folglich muste er mehr gebundene Hände haben, als die Minderjährigen, so sich der Verwaltung des Ihrigen selbst unterzogen, mit andern Verträge errichten, und nur alsdenn von ihrem Versprechen zurück treten konnten, wenn sie eine Verletzung erwiesen (b).

Aber in Teutschland findet dieses Recht keinen Platz, da in der Reformation guter Policey von 1548. §. 31. „allen Obrigkeiten heilsam befohlen worden, zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden.„ Dieselbe können sich also der Verwaltung ihrer Güter nicht unterziehen, wenn sie gleich gerne wollten (c); daher denn auch bey uns heutiges Tages zwischen der Tutel und Curatel kein wesentlicher Unterschied ist (d). Diesemnach entscheidet die gegenwärtige Frage LAUTERBACH de Solutionibus th. 5. sehr wohl folgendergestalt: Nostris moribus quibus minores etiam inviti curatores accipere tenentur, distinctio inter minores, qui curatorem habent, & non habent, non magnæ utilitatis esse videtur, ita ut hodie minores, licet curatorem non habeant, de bonis tamen suis nil alienare possint. Einige vermeynen zwar, es folge nicht, daß weil dem Minderjährigen wider seinen Willen ein Vormund zu bestellen ist, er ohne denselben nicht veräussern könne, welches ihm kein Reichsgesetz verbiethe (e). Allein es folget allerdings das Letztere aus dem Erstern. Mit Vernunft können bey uns die Römische Gesetze, welche aus einem Principio herfliessen, so in Teutschland verworfen ist, nicht eingeführet werden, und deswegen ist zu vermuthen, daß es nimmer geschehen sey (f). Die Römer erlaubten dem Minderjährigen die Veräusserung des Seinigen nicht, wenn er einen Curatorem halte. Da nun in Teutschland alle Minderjährige solchen haben müssen, so folget daraus, daß keiner ohne Zuthun eines Vormundes etwas veräussern darf. Die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley hat in Sachen Brauns wider Kulp 1766. also erkandt.

(a) FACHINEUS *Controv.* Lib. 3. Cap. 1. SIMONCELLUS *de Decretis in contractibus minorum adhibendis* Lib. 3. Tit. 8. num. 19.

(b) CUJACIUS Lib. 19. Obs. 33. PEREZ *ad Cod.* Lib. 2. Tit. 22. num. 8. BRUNNEMANN *ad L. 3. C. de in integrum restitutionibus* num. 6. NOODT *de Pactis & transactionibus* Cap. 20. HUBER *ad ff. Tit. de minori-*

minoribus num. 2. SIBETH *de Alienatione & omissione minorum valida & invalida* §. 64.

(c) STRYK *U. M. ff. Tit. de Tutelis* §. 7. LEYSER Spec. 346. num. 2. HELLFELD *Jurisprud. for.* §. 1395.

(d) STRYK *d. l.* HEINECCIUS *ad ff. Tit. de Curatoribus* §. 404. HELLFELD *d. l.* Herr von SELCHOW *Elem. Jur. Germ.* §. 197.

(e) SIBETH *d. l.* §. 66. Lit. a.

(f) Meiner Nebenstunden V. Theils XXXII. Abhandlung §. 26.

CXII. Bedenken.

Der Meyer muß die beste Art des versprochenen Korns dem Guthsherrn liefern, die auf dem Meyerlande gewachsen ist.

Der Meyer ist nicht schuldig dem Guthsherrn solche Früchte zu liefern, als auf seinem Lande gewachsen, dafern der Meyerbrief den Zins in einer andern Art Früchte bestimmet. Hat er Rocken zu geben versprochen, so kann man keinen Weitzen von ihm fordern, wenn gleich das Meyerland nur diesen getragen Aber eine andere Frage ist es: Ob wenn eine bessere Art der versprochenen Früchte jezt geerndtet wird, als bisher geschehen, der Guthsherr sich alsdenn mit der schlechtern vergnügen müsse, die er sonst empfangen? Es ist z. E. seit vielen Jahren drespiger Rocke auf dem Lande gewachsen, und von dem Receptor des Guthsherrn darüber quittiret. Nun wird wegen besserer Cultur reiner Rocke geerndtet. Alsdenn darf der Meyer diesen nicht behalten, drespiges Korn kaufen, und damit den Guthsherrn befriedigen. Denn wer von dem Meyer Lande Rocken zu entrichten verspricht, machet sich verbindlich, ihn dergestalt zu liefern, wie er darauf wächset. Ist dieser schlecht, so muß sich der Guthsherr damit vergnügen. Der Meyer kann ihm aber auch den bessern nicht versagen, wenn kein anders bedungen worden. Ein Meyer des Closter Marienwerder Lampe war vermöge Meyerbriefes Habern zu liefern schuldig, und er hatte es bisher, besage der ihm von dem Closter-Amtmann ertheilten Quittungen, mit Rauchhaber gethan. Derselbe erndtete nun weissen Haber. Wollt jedoch nur mit angekauftem Rauchhaber seine Schuld abführen, und behaupten, daß ihn die alte Meyerbriefe zu keinem Mehreren verbünden. Diese bestimmeten aber die Art des Zinshabern nicht, und deswegen war zu vermuthen, daß vom Closter-Amt-Amtmann nur Rauchhaber angenommen worden, weil

er dafür gehalten, daß kein anderer auf dem Lande gewachsen sey, und daß er, damit man nicht bessern von ihm fordern mögte, in der Quittung die ihm gelieferte Art ausgedrücket hat. Der Meyer wurde daher anno 1766. von Königl. Justitz-Canzley schuldig erkannt, weissen Haber zu entrichten, und die Giessische Juristen-Facultät bestätigte 1767. dieses Erkänntniß mit Anführung folgender Gründe: „Weil der alte Original-Meyerbrief de 1719. den Meyerzins bloshin auf Habern setzet, folglich nach den Rechten solcher Haber darunter zu verstehen ist, welchen Supplicant jedesmahl auf dem Meyerlande erndtet.

Illustr. Strube in tr. de jure Villicorum Cap. 6. §. 8.

Gleichwohl aber derselbe, daß er jetzt bloß weiß Habern ziehe, eingestehet, mithin der Entrichtung des Haberzinses im nemlichen Haber sich nicht entschlagen kann, anbenebst bey solcher der Sachen Beschaffenheit der Umstand, daß vormahls Rauchhaber geliefert worden, zur Sache nichts thut, allermassen Supplicant selbst nachgiebet, daß vormahls mehr Rauch- als Weishaber gezogen worden, zu welchen Zeiten supplicatisches Closter die Rauchhaber zu verwerfen nicht vermogt hat, überdies wie lange blos Weishaber auf dem qu. Lande gezogen worden, weder angeführet, noch bescheiniget ist, mithin eine Verjährung hierunter ermangelt, diesemnach dem supplicatischen Kloster, wenn es den Zins in solchem Haber fordert, welcher auf dem Meyerlande gezogen wird, so wenig eine verbotene Erhöhung des Meyerzinses Schuld gegeben werden kann, als weniger gesaget werden mag, daß dasselbe eine bessere Speciem frugum verlange, als ihm nach dem Meyerbriefe gebühret, sodann die in dem neuen Meyerbrief eingeschaltete Worte: der seines Orts auf dem Meyerlande gewachsen ist; nichts verfängliches enthalten, sondern nur dasjenige ausdrücken, was ohnehin denen Rechten gemäß ist, folglich Supplicant darüber sich zu beschweren keinen Fug hat.

CXIII. Bedenken.

Wer bisher zwey Meyerhöfe besessen, kann von keinem Richter genöthiget worden, einen fahren zu lassen, am wenigsten zur freyen Disposition des Guthsherrn.

Man pfleget aus politischen Ursachen nicht zu gestatten, daß einer zwey Meyerhöfe an sich bringe. Wie solches 1743. im Amt Nienburg verhindert worden, meldet PALM im Leibeigenthums-Recht, und als mein Meyer

zu

zu Völzinghausen einen zweyten Kothhof kaufte, worüber mir die Guthsherrschaft gleichfalls zustehet, widersetzten sich die Beamte zu Lauenstein nicht nur, sondern thaten dem erledigten Hof einem andern ein. Als ich sie solcherwegen beym Königl. Hannöverschen Hofgericht belangte, wurde zwar 1727. erkandt, „daß Beklagten nicht gebühret, wider des Guthsherrn Wissen und Willen, jemand auf dessen Hof zu setzen, mir aber zugleich auferleget, dahin zu sehen, daß in Zeiten der Hof mit einem tüchtigen Riegemann besetzet werde, „ welche Urtel sich in meiner *Commentation de Jure villicorum Cap. VIII.* §. 22. findet. Dieser wurde auch gelebet, und mein Meyer, der mehrere Kinder hatte, theilte die beyde Höfe unter selbige.

Eine andere Bewandniß hat es aber, wenn von keiner neuen Vereinigung, sondern von einer solchen die Frage entstehet, welche in sehr alten Zeiten geschehen. Im Amt Nienburg hatten die Seemänner von länger als hundert Jahren her eine Königl. und Marrettigsche Meyerstadt besessen. Dieses war also mit der Gutsherren und der Gerichts-Obrigkeit Genehmigung geschehen. Das dadurch erlangte Recht wollte das Amt den Leuten entziehen, und einen ganz Fremden auf den Marrettigschen Hof setzen. Die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley mißbilligte es 1766., weil weder ein Gericht, noch der Gutsherr, sondern nur der Gesetzgeber, zur Beförderung des gemeinen Bestens, jemanden seine erworbene Befugnis nehmen kann. Siehe meine Commentation de jure villicorum Access. 47. Zwar hatte die Königl. Rent-Cammer von dem Amt Bericht erfordert, wie viele sich in selbigen solcher vereinigten Höfe finden. Aber dieses war sonder Zweifel in der Absicht geschehen, in Erfahrung zu bringen, ob deren Anzahl so groß sey, daß es nöthig, beym Gesetzgeber auf derselben Trennung anzutragen, welches bisher nicht geschehen, sondern denjenigen, die zwey Höfe besitzen, solche gelassen worden.

Sollte auch die gemeine Wohlfarth nicht verstatten, solches ferner zu dulden, so ist jedoch keine Ursach vorhanden, warum man einen Hof des Meyers Kindern oder nächsten Anverwandten entziehen, und Fremden hingeben wollte. Solches Recht mögte mancher Gutsherr misbrauchen, und zum Ruin der Unterthanen, die Höfe den Meistbiethenden verkaufen, wie es besage der Lüneburgischen Constitution vom 19ten May 1702. in diesem Fürstenthum geschahe als man den Gutsherrn erlaubte, willkührlich aus den Kindern des Meyers dessen Nachfolger zu erwählen.

CXIV. Bedenken.

Die Rechte eines Meyers, dem adeliche freye Länderey zu Meyerrecht eingethan ist, können durch Verträge geschmälert, und der Zins erhöhet werden.

Weil dem Staat an nichts so sehr, als an der Erhaltung des den grösten Theil der gemeinen Lasten tragenden Landmanns gelegen ist, so haben viele Gesetzgeber weislich zu verhindern gesuchet, daß der Gutsherr dessen Beschwerden vermehre. Deswegen ist die willkührliche Abmeyerung verboten, an einigen Orten auch alsdenn, wenn der Contract den Gutsherren dazu berechtiget (a). Bereits im XVI. Jahrhundert erlaubte man den Braunschweigischen Gutsherrn nicht, ihre Colonos zu steigern (b); und in dem der Calenbergischen Landschaft vom Herzog Erich dem Jüngern anno 1542. ertheilten Privilegio lieset man: „Es sollen auch wiederum die Guthsherren die alten oder neuen Meyer, so ein jeder hätte oder bekömmt, mit keinen neuen Auffätzen oder Weinkäufen beladen, noch mit den Zinsen steigern, über das, als an dem Ort, da die Güther belegen, von Hufen- und Morgenzahl zu geben ufleglich und sitlich ist.„ König Georg I. verordnete 1719. hievon folgendes: „Da dem Vernehmen nach sich einige Guthsherren neuerlich angemasset, ihren Meyern und Zinsleuten den alten gewöhnlichen Canonem zu steigern, dergestalt, daß hin und wieder sie das Meyerland in Theilland, und den alt hergebrachten Zins in Theilkorn verändert, wodurch aber unsere Unterthanen über die Gebühr beschweret, und zu Entrichtung der gemeinen Landes-Onerum ohntüchtig gemachet werden: So soll alles, was darunter seither 40 Jahren neuerlich unternommen, und denen Colonis aufgebürdet worden, hiemit und kraft dieses gänzlich abgeschaffet, und für null und nichtig erkläret seyn, auch daher in denen dieser unserer Verordnung gemäß denen Meyern auszustellenden Contracten kein anderer Canon oder Meyerzins, als welcher bey der Meyerstatt von Alters hergebracht ist, passiret, oder für gültig angenommen werden (c).

Aber dieses Gesetz und andere, welche in gleicher Absicht gemachet sind, handeln von die gemeine Lasten tragenden Meyern. Der Herr Geheimte Rath von BURI bemerket in seiner Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts sehr wohl, daß die Absicht dergleichen Verordnungen, nicht sowohl sey, die Rechte der Bauren mit Schmälerung der denen Herren zustehenden Befugnisse zu vermehren, als vielmehr das Wohlseyn des gemeinen Wesens, welches

ches das höchste Gesetz ist, zu besorgen, und der Gebrauch der einem jedweden zukommenden Rechte darnach einzurichten.„ Ob von freyen Güthern der Guthsherr wenig oder viel empfänget, daran ist dem Staat wenig gelegen, mithin jenen erlaubet, einem solchen Meyer, der die gemeine Lasten nicht mit träget, sowohl, als den Pächtern adelicher Ländereyen den Zins und das Pachtgeld mit ihrer Genehmhaltung zu steigern.

(a) Meine *Commentation de Jure villicorum* Cap. VIII. §. 12.

(b) KLOCK Relat. Camer. 78.

(c) Chur-Braunschweig-Lüneburgische Landes-Ordnungen Cap. V.

CXV. Bedenken.

Von dem Recht des Guthsherrn an den in seines Meyershofe und auf dessen Lande befindlichen Bäumen.

§. I.

In dem Hoyaischen Landtags-Abschied von 1697. Art. 7. heisset es: „Was dann das Holz oder die Bäume in deren von Adel und Freyen Guthsleute Wohnhöfen, Wiesen, Immenzäunen, Gärten und andern dergleichen eigenthümlichen, und sonst zu keiner Forst oder gemeinen Holzung gehörig, oder darinn belegenen Länderey anlanget, erklären wir uns gnädigst dahin, daß wie keinem Guthsmann gebühret, vor sich dergleichen Bäume zu hauen, oder fällen zu lassen, also wir gnädigst geschehen lassen können, daß ihnen von denen Guthsherren zu ihrer Nothdurft etwas von solchen Bäumen erlaubet werde, und sie also mit deren Einwilligung dieselbe hauen mögen. Es sollen aber dieselben, wenn der Ort, da der Baum gehauen wird, eines Amts Jurisdiction unterworfen, schuldig seyn, ihres Guthsherren Consens jedesmal, wenigstens einen Tag vorher, ehe der Hau geschiehet, bey solchem Amt vorzuzeigen, oder widrigensfalls, und da sich finden wird, daß sie sich eigenmächtig und ohne vorher beschehene Vorzeigung jetzgedachten Guthsherrlichen Scheins, solcher Holzfällung unternommen, daß sie deswegen bey den Landgerichten zur gebührenden Strafe gezogen werden, gewärtigen, solche Bestrafung jedoch dem Guthsherrn an seinem wegen Erstattung des Schadens habenden Recht, allerdings unverfänglich seyn.„

Es vermeynet GOEBEL *de Jure & judicio ruſticorum Cap. II. §.* 12. hanc prohibitionem non tam ex lege contractus, quam territoriali fluere; intereſſe enim ſæpe reipublicæ, ne quis plenum circa res ſuas exerceat arbitrium. Solchenfalls fällt dieſes Recht der Guthsherren in den Ländern hinweg, deren Geſetze es ihnen nicht mittheilen. Ich bin anderer Meynung (a), weil in dem Landtag-s Abſchied von 1697. kein neues Verboth enthalten, ſondern geſaget wird, daß dem Guthsmann nicht gebühre, vor ſich dergleichen Bäume zu hauen. Kein anderes Landes Geſetz, als das angeführte, unterſaget ihm aber ſolches. Der Meyer Contract muß es alſo nach einer vernünftigen Erklärung deſſelben thun. Und dieſes geſchiehet, man mag den Meyer ein bloſſes jedoch immer daurendes Pachtrecht, oder mit Gœbeln aliquid juris in re beylegen, weil auch derjenige, der den Nießbrauch einer Waldung hat, nicht willkührlich darin Holz fällen darf (b). Der Bäume, welche in der Meyerhöfen und auf dem Meyerlande ſtehen, ſind ſo wenig, daß man ohne Nachtheil des gemeinen Weſens den Meyern davon die freye Diſpoſition gönnen könnte. Die Guthsherrliche Rechte ſchmälert aber ſelbige, und deswegen wurde, auf der Stände Begehren, dem Misbrauch dadurch vorgebeuget, daß der Landesherr alles ſolches Holzfällen unterſagte, ſo nicht, nach erhaltener Bewilligung des Guthsherren, der Obrigkeit angezeiget worden, ehe es geſchehen. Wie man jenes Befugniß zum Grunde der Verordnung geleget, erhellet auch daher, daß ihm ſein habendes Recht, wegen Erſtattung des Schadens, vorbehalten iſt.

(a) S. Meine *Commentation de Jure villicorum* Cap. 2. §. 8.

(b) RODIG *de Jure privatorum circa ſilvas inprimis cæduas admodum reſtricto* §. 17.

§. II.

Kann aber die Guthsherrliche Bewilligung willkührlich, und ohne einige Urſach anzuführen, dem Meyer verſaget werden? Dieſes wollte in Sache O. wider W. behauptet werden, als ein Meyer das gethane Holzfällen damit entſchuldigte, daß er zweyer Bäume zum Bau eines Leibzuchthauſes bedurft habe, ſelbige ſoor und trocken geweſen, der vorhabende Hau auch, in Abweſenheit des Guthsherrn, deſſen Verwalter angezeiget, und von ſelbigem nicht widerſprochen ſey. Ich halte ſolche Einwendungen für erheblich. Vermöge der gemeinen Rechte mag derjenige, dem der Niesbrauch des Holzes zuſtehet, ſo viel hauen, als zum nöthigen Bau erfordert wird (a). Auch gönnet man dem Meyer die erſtorbene Bäume, welche wenig oder gar keine Frucht mehr tragen (b).

(b). Ein jeder ist befugt, das Meyergut bestmöglichst zu nutzen, wenn es dadurch nicht verschlimmert, und also dem Guthsherrn geschadet wird. Die Erbauung eines Leibzuchtshauses geschiehet vielfältig ohne Nachtheil der Höfe, dafern des Meyers Wohnung nicht räumig genug ist, und werden manche Zänkereyen vermieden, wenn die alten und jungen Leute nicht in demselben Hause wohnen. Der darüber entstandene Streit: Ob dem Meyer das Holzfällen zu erlauben? erfordert demnach eine richterliche Entscheidung. Ist solches bereits geschehen, und der Guthsherr verlanget eine Entschädigung, so muß er bey dem Amt, dessen Gerichtbarkeit der Meyer unterworfen, die Klage einführen, hingegen aber dieser den adelichen Guthsherrn vor einem der höhern Gerichte belangen, dafern wegen dessen verweigerter Einwilligung das Hauen behindert würde. Die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley erkandte daher 1766.: daß die Befugniß des Guthsherrn dessen Widerspruch nicht begründe, dafern, des Meyers Vorgeben nach, die gehauene Bäume soor und trocken gewesen, oder auch der Bau vielmehr dem Hofe zum besten, als zu dessen Deterioration gereichte, welche Fragen von dem ordentlichen Richter des Beklagten zu entscheiden sind.

(a) L. 10. *ff. de Usufructu.* BRUNNEMANN *ad d. L. num.* 2. NOODT *de Usufructu* Lib. I. Cap. 7. Herr Hofrath AYRER *de Jure sibi habendi arbores in fundis villaticis turbine dejectas* §. 38.

(b) Herr AYRER *d. l.* §. 26.

CXVI. Bedenken.

Von Holzgerichten.

§. I.

Ich habe in des *I.* Theils *CLV.* Bedenken von Holzgerichten gehandelt, und ein nachdem entschiedener Rechtsstreit setzet mich in den Stand, mehrere Nachrichten davon zu ertheilen.

Denen im Herzogthum Bremen wohnhaften von Klenke stunde die Holzgräffschaft über die Oetzermark im Amt Thedinghausen zu, welches ehemals Bremisch gewesen, und 1679. durch den Cellischen Frieden von der Kron Schweden dem Hause Brauschweig und Lüneburg abgetreten worden. Sie verkauften selbige 1733. an die von Ompteda, und diese geriethen mit dem Königl. Amt Westen darüber in einen Proceß, welche Sachen eigentlich vor solches Gericht gehörten?

hörten? Der Holzgräfe wollte dessen Gränzen aus der Holzordnung von 1555. und einem Holzgerichts-Protocoll von 1650. erweisen. In jener wird verordnet, „daß niemand in der Oetzermark, noch auf der Gemeindeit, ohne Bewilligung und Vergünstigung der gemeinen Erbexen und des Holzgräfen, Häuser oder Kothen bauen solle, da solche von Alters her nicht gestanden;„ in diesem aber lieset man: „Weiters den Gerichtsleuten zur Findung vorgestellet, was es für Sachen seyn, so für die Holzung gehören, und worin der Holggräfe sein Geboth und Verboth habe? Resp. Alles was in den Holzungen gebrochen wird, wie auch ebenmässig in der Holzmark, als mit Holzhauen, Mast zu betreiben, item neue Zuschläge und ungewöhnliche Graben zu machen, zuzupflügen, einzuzäunen und dergleichen Sachen.„ Hieraus wollte nun der Holzgräfe folgern, daß ein Einwohner des Dorfs Morsen auf seinem Hofe kein Leibzuchtshaus bauen dürfe, wenn daselbst bisher keines gewesen.

Hingegen vermeynte das Amt die Holzgerichte hätten nach ihrer eigentlichen Benehmung nichts, als die Anordnung des Forsthaushalts zum Vorwurf, und deren Protocolla keine Gültigkeit, weil sie in propria causa verfertiget worden.

§. II.

Dieses letztere lässet sich nun, den Teutschen Rechten nach, nicht behaupten. Denn vor Alters war in ganz Teutschland üblich, und an vielen Orten ist es annoch im Gebrauch, daß wenn ein Landgericht, Holzgericht, Märkerding, Meyerding, oder anders, insonderheit solche Gerichte geheget werden sollen, die mit Bauren besetzet sind, man zuförderst durch Frage und Antwort des Gerichts Grenzen und Befugnisse öffentlich erzählet (a). Dergleichen unwidersprochenen Angaben messen die höchste Reichsgerichte und andere Dicasteria Glauben bey (b). Das Oetzermarkische Protocoll verdienet solchen um desto mehr, daß es in Gegenwart der ordentlichen Obrigkeit des Orts, nemlich des Amtmanns zu Thedinghausen gehalten, und von ihm nicht widersprochen worden, obwohl er sonst sehr aufmerksam gewesen, und des Amts Gerechtsame nicht im mindesten wollen schmälern lassen, wie aus folgender Stelle solchen Protocolls erhellet: „Herr Amtmann Friederich Schmidt wendete ein, daß es zweifelhaftig, ob solche Brüche (wegen einer Viehtrift) für das Holzung, oder für das Amt gehörig, deshalben man zuvor deswegen gewisse Nachricht haben müsse. Herr Holzgräfe und die Buthsherren berichten, daß solches zu der Holzung gehöre, massen auch in dem Holzungs-Protocoll werde zu finden seyn. Herr Amtmann begehrte dieselbe beyzubringen. Wollte auch aus seinen Amts-

Proto-

Protocollen ebenmässig thun, damit man also deswegen keinen Streit haben möge. „

(a) LUDOLF Obs. For. 148.

(b) MEISCHNER Tom. II. Lib. II. Dec. 4. num. 62. HERTIUS *Opusc.* Vol. II. Tom. III. KOPP *Histor. Jur.* Herr B. von SENCKENBERG *Medit.* Fasc. 4. Herr B. von CRAMER Tom. II. Obs. 689. §. 25. 42. Herr REINHARD *de Jure forestali Germanico* Sect. 3. §. 5.

§. III.

Solchemnach lässet sich, nach der im §. I. angeführten Holzgerichts-Ordnung und dem Protocoll von 1650. dieses Gericht auf die Holzung nicht einschränken. Das Amt gestunde auch, daß im Herzogthum Bremen einige Holzgerichte in Gemeinheits-Sachen eine Cognition und Bestrafung hätten. Der Herr von PUFENDORF *de Jurisdictione Germanica Part. III. Sect. I. Cap. II.* §. 10. meldet, daß die Holzgerichte im Bremischen darüber erkennen, „ob zum besten der Gemeinen eine oder andere Holzung, Brüche, Heide und Mohr zugeschlagen und in Befriedigung geleget, und dagegen andere, so bisher in Zuschlag gewesen, wieder frey gegeben werden können, und ob auch mit Vortheil neue Ecker-Höfe angeleget werden können, alle gute Ordnungen unter der Gemeine zu erhalten, sonderlich daß niemand unbefuget Pferde, Rindvieh, Schweine, Schaafe, Gänse ꝛc. anschaffe, item daß zu rechter Zeit die dazu erforderliche Hirten angeschaffet werden.„ Da von der Erbauung eines Leibzuchtshauses ausser der Gemeinheit die Frage entstunde, so war es unnöthig des Holzgerichts Befugniß auf der Gemeinheit zu bestimmen, massen sonst die Production des Originals der Holzordnung und des Protocolls erfordert werden müssen. Aus denen vom Holzgräfen beygebrachten und wider ihn einen vollkommenen Beweiß machenden Extracten erhellete aber der Ungrund seiner Klage zur Gnüge.

§. IV.

Denn es erstrecken sich dergleichen Holtzgerichte nur über gemeinschaftliche Güther (a), und aus den beygebrachten Urkunden erhellet auch, daß den Interessenten der Oetzermark allein die willkührliche Disposition über solche versaget worden. Man liefet darin: „Diederich Hüneken hatte sich unterstanden, zwar auf seinem Lande, etzliche eichene Bäume, so inwendig des Zauns gestanden, und davon das Eicheln, so zuvor über den Zaun gefallen, und daher gemein gewesen, also weiter einzuzäunen, daß solche Eichelnfrüchte nicht mehr

hinüber fallen können. Reus ist es zwar geständig, es hätten aber seine Vorfahren solche Eicheln allemahl vor sich aufgelesen, und wäre nichts in die Gemeine kommen. Holzgenossen hätten nicht anders erfahren, denn daß es allemahl gemein gewesen. Ist also Reus endlich in die Brüche erkannt.„ Da denn die Eicheln nur deswegen in Anspruch genommen worden, weil sie allemahl gemein gewesen, mithin muste die Strafe wegfallen, wenn das Gegentheil erwiesen wäre. Desgleichen wurde Rendig Lülkemeier besprochen, „weil er einen alten Baum bey Beppen in der Wische oben abgehauen, so zur Gemeine gehörig, und ihm solches nicht gebühret.„ Es gebührte ihm also, wenn der Baum nicht zu der Gemeine gehöret hätte. Daß aber die in der Leute Höfen befindliche Bäume zur gemeinen Holzung nicht gehören, erhellet aus dem im CXV. Bedenken angeführten Hoyaischen Landtagsabschied von 1697. Art. VII. Wenn zum Bau eines neuen Hauses aus der Gemeinheit kein Holz begehret wird, so stehet dem Holzgericht die Exceptio deficientis interesse entgegen, dafern es solchen verhindern will: Es wurde daher von Königl. Hannöverscher Justitz-Canzley 1766. erkandt. „Nachdemmahlen aus denen vom Kläger producirten Protocollen erhellet, daß die Jurisdiction seines Holzgerichts sich nur über die gemeinschaftliche Güther der Interessenten erstrecket, solches auch dem Teutschen Herkommen gemäß ist, die in der Guthsleute Wohnhöfen befindliche Bäume aber, vermöge Landtages-Abschiedes von 1697. Art. IV., zu keiner gemeinen Holzung gehören, und der verbothene Bau neuer Häuser nur von demjenigen zu verstehen ist, welcher aus solcher gemeinen Holzung geschehen soll, mithin denen Interessenten zum Nachtheil gereichet, so ist der Implorant als Holzgräfe den Bau qu., und das zu dessen Behuef geschehene Holzhauen zu verhindern nicht berechtiget.

(a) Reinhard *d. l.* §. 2.

CXVII. Bedenken.

Ob wider denjenigen, welchen ein Missethäter eines Verbrechens beschuldiget, und bey seiner Angabe bis in den Tod verharret, die peinliche Frage erkandt werden mag?

Wegen der blossen Beschuldigung eines Missethäters mag allen Rechten nach niemand gefoltert werden. Die peinliche Halsgerichts-Ordnung erfordert, zum Beweiß der Anzeigungen Art. 23. zwey gute Zeugen. Ein solcher

ist

ist der Missethäter nicht, sondern, als ehrlos, ein verwerflicher Zeuge (a). Sollte auch alles dasjenige vorhanden seyn, was die peinliche Halsgerichts-Ordnung Art. 31. zu einer Aufmerksamkeit verdienenden Beschuldigung desselben erfordert, so kann man zwar zur Special Inquisition schreiten, nicht aber die Tortur erkennen, weil solches der Gesetzgeber an gedachtem Ort keinesweges befiehlet. Wenn gleich ein Richter alle Suggestiones sorgfältig vermieden, den Missetbäter auf das genaueste befraget, dieser mit dem Beschuldigten in keiner Feindschaft gelebet hat, und der letztere eine Person ist, zu der man sich der Missethat versehen kann, so machet dennoch die blosse Beschuldigung ihn nicht so verdächtig, daß man Ursach hätte, denselben für schuldig zu halten, und also zu foltern (b).

Zwar wendet LYNCKER *de Nominatione socii criminis Cap. VII. th.* 13. hierwider ein, die Absicht des Kayfers sey in dem Art. 29. 30. 31. und 33. die Anzeigungen zu bestimmen, welcherwegen ein Inquisit gefoltert werden muß, wie aus der General-Rubric des Art. 29. erhelle, und deswegen habe er es für überflüssig gehalten, solches bey jedem folgenden Articul zu wiederholen, und Tautologien vermeiden wollen. Allein das Gegentheil erhellet aus dem Art. 30., allwo keine Anzeige nahmhaft gemachet, sondern von deren Beweis gehandelt wird. Auch verordnet der Art. 32. 33. ausdrücklich, daß auf die daselbst gemeldete Anzeigen, der Inquisit peinlich zu befragen ist. Warum geschiehet dieses denn nicht auch in dem Art. 31.? Jenes wäre unterblieben, wenn der Kayser die General-Rubric des Art. 29. im Sinne gehabt, und Tautologien vermeiden wollen. Solchemnach lehret KRESS *ad C. C.* Art. 31. mit gutem Grunde, es sey wegen eines Missethäters Beschuldigung die Tortur nur zu erkennen, wenn sie glaubwürdig ist: Mehrere Personen hatten ein Verbrechen begangen. Ihr Hausgenosse Titius brachte solches in Erfahrung, und drohete es dem Gericht bekannt zu machen. Um dieses zu verhindern, erschlugen ihn die Missethäter, und als solche dessen überführet wurden, beschuldigte einer den Cajum der das Verbrechen mit verübet hatte, daß die letztere That mit desselben Wissen und Willen, jedoch in seiner Abwesenheit geschehen. Dieses war glaublich, weil selbiger von dem Entleibten mit der Denunciation bedrohet war, auch nicht leugnete, gewust zu haben, daß der Mord des Titii verabredet worden, und nur in Abrede stellete, daß er von ihm gebilliget sey. Solchenfalls wird mit Recht die peinliche Frage erkandt, als welches geschehen kann, wenn Adminicula nominationis correi vorhanden (c).

(a) MEVIUS Conſ. XI. num. 28. 29. LYNCKER *de Nominatione ſocii criminis* Cap. 6. th. 3.

(b) RIVINUS *de Denominatione complicis a delinquente & damnato ad mortem facta admodum fragili indicio* §. 4.

(c) MEVIUS *d. l.* num. 29. RIVIUS *d. l.* §. 23. HOFMANN *an Nominatio ſocii criminis ſub tortura fieri debeat?* §. 10.

CXVIII. Bedenken.

Von dem Beweis der Verletzung über die Hälfte.

§. I.

Facti Species.

Die Schweden ſahen zur Zeit des 30jährigen Krieges die den Catholiſchen Biſchöfen genommene Länder, als ihr Eigenthum an. Deswegen ſchenckte König Guſtav Adolph ſeinem natürlichen Sohn Guſtav Guſtavſon Grafen von Waſaburg das Stift Osnabrück (a), welcher es währenden Krieges beſaß, und ſich von den Unterthanen huldigen ließ. Durch den Weſtphäliſchen Friedensſchluß Art. XIII. §. 2. erhielte derſelbe, gegen einen Verzicht auf ſein habendes Recht, aus beſagtem Stift 80000. Rthl., und die Königin Chriſtine von Schweden, gab ihm das Bremiſche Amt Wildeshauſen zu Lehn, jedoch mit Ausnahme der Landeshoheit. Er empfieng aus dieſem Amt die Contribution, ſamt allen Geld- und Korn-Gefällen. Von deſſen Erkenntniſſen wurde aber an die Königl. Schwediſche Canzley zu Stade appelliret (b). Dieſer Herr kaufte 1650. von dem von Schade das in ſelbigem Amt belegene adeliche Guth Huntloſen für 27000. ſp. Rthl. Es wurden jedoch nachmals 5000. Rthl. vom Kaufgelde nachgelaſſen, und als dem ohngeachtet 5800. Rthl. unbezahlet blieben, der Verkäufer aber auf deren Zahlung drunge, vergliche man ſich 1667. dahin, daß die Waſaburgiſche Vormundſchaft ſolchen Reſt nebſt 1740. Rthl. aufgelaufenen Zinſen in gewiſſen Terminen bezahlen ſollte. Dieſes geſchahe nicht, und deswegen begehrten die von Schade richterliche Hülfe. Die Grafen von Waſaburg ſetzten ihnen zwar die Exceptionem enormis læſionis 1671. entgegen, und wollten behaupten, beym Kauf über die Helfte verletzt zu ſeyn. Sowohl die Schwediſche Gerichte, als die Münſterſche (maſſen dem Stift Münſter das Amt Wildeshauſen durch den Nimwegiſchen Frieden pfandsweiſe zu Theil worden) (c) erkannten aber wider die Beklagten die Execution. Man taxirte die Güther und adjudicirte ſie gröſtentheils dem von Schade für 12613. Rthl. 36.

Gr.

Gr. Nachdem das Amt Wildeshausen Hannöverisch wurde, setzte man Gräflicher Seits die Læsions-Klage vor den Hannöverschen Gerichten fort, und als der von Schade die Rechtskraft der Schwedischen und Münsterschen Urtheile vorschützte, erkandte das Ober-Appellations Gericht, daß vermöge der bisherigen Judicatorum der Punctus angeblicher Læsionis ultra dimidium in foro competente auszuführen sey.

(a) MEIERN *Acta pacis Westphalicæ* Tom. III. Tom. 17. ADAMI *de Pacificatione Osnabrugo-Monasterienſi* Cap. 22. §. 4.

(b) Herrn Oberamtmanns HINÜBER Nachrichten von der Collegial-Kirche, Stadt und Amt Wildeshausen in VOGTS *Monumentis rerum Bremenſium* Tom. I.

(c) Herr HINÜBER *d. l.*

§. II.

Welchergestalt die Grafen von Wasaburg eine Verletzung über die Hälfte erweisen wollen.

Deren Beweis traten nun die Grafen von Wasaburg an, und vermeynten ihn folgendergestalt geführet zu haben. Sie bezogen sich I. auf die Münsterſche 1687. geschehene Taxation fast aller einträglichen Pertinenzien des Guths, besage welcher diese nur auf 12613. Rthl. geschätzet sind, obwohl die Münze zu der Zeit schlechter war, als 1650., und auch einige von den Grafen neu acquirirte Stücke mit taxiret worden. Man wollte 2. behaupten, das Guth habe nur jährlich 230. Rthl. ertragen, und noch jetzt könnten zum höchsten 200. Rthl. daraus gehoben werden, obwohl die Aufkünfte der Güther seit dem Westphälischen Frieden fast in ganz Teutschland über das alterum tantum gestiegen sind. Es wurde aber von der Königl. Hannöverschen Justitz-Canzley am 7ten Junii 1755. erkandt, „daß der Kläger dasjenige, so ihm zu erweisen obgelegen, und er sich angemasset, wie sich gebühret, nicht erwiesen, mithin Beklagte von angestellter Klage zu entbinden sind, es könnten den Kläger die angebliche Læsion besser als geschehen erweisen.„ Von diesem Spruch wurde zwar appelliret; das Königl. Ober-Appellations-Gericht versagte aber den Gräfl. Wasaburgischen Erben die begehrte Processe, welche darauf den ihnen vorbehaltenen Beweis durch Zeugen zu führen suchten, und mit dem Extract der Heberegister von 1671. bis 1681. incl. den schlechten Ertrag des Guths darthun wollten, auch begehrten, man möchte per peritos, in Rücksicht auf den jetzigen Werth, arbitriren lassen, was die Güther 1650. gegolten; Sie reservirten sich auch das Juramentum suppletorium, und die Eydes-Delation.

§. III.

Sie kann durch einen halben Beweis und den Erfüllungs-Eyd dargethan werden.

Nun langen, einiger Rechtslehrer Meynung nach, eine Verletzung über die Hälfte zu erweisen, Vermuthungen nicht hin. Wenn auch ein halber Beweis beygebracht würde, so soll dennoch der Beweisführer zum Erfüllungs Eyde nicht zu lassen seyn, weil er von dem Werth der Sache selten gründlichen Unterricht hat (a), und zwar um desto weniger, wenn ein besserer Beweis von ihm gefordert worden, als welches einige von keinem halben, sondern einem ganzen Beweis verstehen (b). Wird aber gemeiniglich ein halber Beweis durch Vermuthungen geführet, wie daran keinesweges zu zweifeln (c), so ist nicht abzusehen, warum man allhier eine Ausnahme von der Regul machet. Sie hat in keinem Gesetze Grund, und es sind viel wichtigere Sachen, als die hier in dieser Frage befangene, worin man es auf des Beweisführers Eid ankommen lässet, wenn er seine Angaben sehr gläublich machet. Es will daher ZIEGLER *de Læsione ultra dimidium* §. 33., ut, si judex se aliter extricare non possit, actori juramentum in supplementum deferat. Vermöge der Calenbergischen Canzley-Ordnung *Tit.* 23. §. 3. mag auch der Erfüllungs-Eyd de credulitate geleistet werden, und derjenige, welcher ein Guth geraume Zeit genutzet, oder auch seiner Vorfahren Register, oder andere schriftliche Nachrichten in Händen hat, kann dessen Werth beurtheilen, mithin zuverlässig de credulitate schwören. Auch ist nicht abzusehen, warum ein besserer Beweis im zweyten, als im ersten dazu anberahmten Termin erfordert werde.

(a) HAHN *de Læsione ultra dimidium* §. 97.

(b) STRYK *de Probationis probatione meliori* Cap. 3. num. 70. 71.

(c) Dieser Rechtlichen Bedenken I. Theils.

§. IV.

Indem die Zeugen aussagen, daß der Graf zu theuer gekauft hat, erweisen sie so wenig eine Verletzung über die Hälfte, als solche bey

Es fehlte aber hier an dem halben Beweise, nach dessen Beybringung der Beweisführer zum Erfüllungs-Eyde zu lassen ist. Da im §. II. angeführte erste und zweyte Argument, war durch ein rechtskräftiges Urtel als unzulänglich verworfen. Der bessere Beweis bestunde aber allein in der Zeugen Aussagen, und einem summarischen Extract der Heberegister von 1679. bis 1686. Es bezeugten nemlich zwey Leute, wie sie von andern gehöret, daß der Graf zu theuer gekauft habe. Dieses ist nun sehr glaublich. Der von Schade verkaufte nicht aus Noth, und nur ein vortheilhafter Handel konnte ihn bewegen, sein väterliches Erbe einem andern zu überlassen. Der Graf war damals reich, und

dem-

demselben daran gelegen, sich in seinem Amt Wildeshausen auszubreiten. Er wollte auf dem Schadischen Guth nicht zur Nothwendigkeit, sondern zum Splendör und Vergnügen einen Pallast bauen, woran 80000. Rthl. verwandt seyn sollen. Bey solchen Umständen kaufet mancher zu 1. pro Cent., auch wohl etwas sehr theuer, welches nicht das mindeste einbringet. Es folget ferner nicht, der Käufer hat zu theuer gekauft E. ist er über die Hälfte verlezt; noch auch: Besage der Register von 1679. bis 1686. war der Ertrag gering, E. hätte er bey einem öconomischen Haushalt nicht grösser seyn können. Wenn 1679. und in einigen folgenden Jahren wenig eingenommen worden, so ist vermuthlich dessen Ursach mit, der erst damahls geendigte Krieg, und die Münstersche Verwüstung, worüber der Graf bittere Klagen führte. Auf einem Guth, welches der Eigenthümer bewohnet, wird ein grosser Theil der Aufkünfte von ihm selbst verzehret. Dieses berechnen die Verwalter selten, und solchenfalls erweisen deren Register den Ertrag der Güther sehr unvollkommen. Der beygebrachte neue Beweis ist also an sich nicht nur unerheblich, sondern er theilet auch den vorhin geführten keine mehrere Kraft mit. Denn wenn ein Beweisgrund vor sich nichts beweiset, so bekömt er durch die Verknüpfung mit andern die von gleicher Beschaffenheit sind, die erforderliche Kraft nicht (a). Von Zeugen habe ich in dieser Rechtlichen Bedenken I. Theils solches insonderheit behauptet. Herr HOMMEL in seiner Rhapsodia Obs. 10. schränket es auf ganz verwerfliche Zeugen ein, welches auch von mir am angeführten Orte geschehen.

bewandten Umständen aus den Heberegistern erhellen kann.

(a) Herr HOLLMANN von der Beschaffenheit der menschlichen Erkänntniß.

§. V.

Daß aber nicht nur wegen der Rechtskraft, sondern auch ihrer Schwäche halber die im §. II. gemeldete beyde erste Beweisthümer billig verworfen worden, will ich nunmehro zeigen.

Weil nach dem Kauf der Graf die sämtliche Gebäude wegbrechen lassen, und diese also kein noch lebender Mensch gesehen, so ist es unmöglich den damahligen Werth des Guths so genau zu be-

Es hat zwar einigen Schein, wenn man Gräfl. Wasaburgischer Seits anführet, daß da die Preise der Güther zu neuern Zeiten so sehr gestiegen, das Guth Huntlosen, welches 1687. 12613. Rthl. courant werth gewesen, unmöglich 1650. auf 22000. sp. Rthl. geschätzet werden können. Allein es ist 1687. nicht eben dasjenige taxiret, was 1650. gekaufet worden. Damals erhielte der Käufer ein bebauetes Guth, der von Schade aber 1687. ein unbebauetes. Es verbliebe auch dem Grafen, ausser den Gebäuden, einiges Land in der Husinger Marsch, die Mastung, der freye Holzhau, zwey Zehenden und ein Jus patronatus

stimmen, als erfordert wird, um eine Verletzung über die Hälfte darzuthun.

tronatus. Die neuerworbene Pertinenzien, welche dem von Schade mit zugeschlagen sind, waren Kleinigkeiten, und die beträchtlichste Melioration sollte in der ausgebrachten Erlassung der Tecklenburgischen Lehnsverbindlichkeit bestehen, womit ein Theil des Guths behaftet war, welche die Aufkünfte nicht verbesserte. Man darf nicht voraussetzen, daß die Preisse der Güther bereits 1687. über das alterum tantum gestiegen. Besage der Lüneburgischen Constitution von Redintegrirung der Meyerhöfe Cap. I. §. 6. sind sie allererst 1695. sehr erhöhet, welches durch den Krieg und die Münstersche Verwüstung im Amt Wildeshausen nothwendig behindert werden muste. Die Münze war freylich 1687. schlechter, als 1650, aber doch nicht so schlecht, wie heutiges Tages, weil damahls nach dem Zinnaischen Fuß, mithin besser als nach dem Leipziger Fuß geprägt worden (a). Es ist unmöglich zu bestimmen, was das Guth 1650. werth gewesen, da niemand im Leben, der die verkaufte Gebäude gesehen, und also taxiren kann. Diese liesse der Graf sofort abbrechen, und an deren Statt prächtige errichten. Jene schätzen die Beklagte auf 6000. Rthl., und die Kläger auf 600. Rthl. Es ist jedoch mit so wenigen Gebäuden kein Haushalt auf einem Guth zu führen, wenn es auch nur 200. bis 300. Rthl. erträget. Vielfältig werden adeliche Höfe, wobey überall keine Pertinenzien, und die mittelmässig bebauet sind, mithin deren ganzer Genuß in der Wohnung bestehet, für einige 1000. Rthl. verkaufet, daher dem Gräfl. Wasaburgischen Hofe mit dessen Zubehörungen, welche zum Theil sehr nutzbar sind, kein geringer Preiß zu bestimmen.

(a) BERGER *O. J.* Lib. III. Tit. 2. §. 4. Not. 5. WERNHER Tom. III. Part. I. Obs. 60. LEYSER Spec. 529. Med. 9. 10.

§. VI.

Der jetzige Ertrag erweiset nicht, was vor 116 Jahren das Pretium commune des Guths gewesen.

Man gründet sich zweytens Gräfl. Wasaburgischer Seits in den jetzigen geringen Ertrag, und verlangte, daß diesem gemäß, der ehmalige Werth des Guths durch Achtsleute ausfündig gemachet werde, welches auch ZIEGLER *d. l.* erfordert. Es ist aber 1) der Terminus probatorius abgelaufen, binnen welchem man Articul übergeben, und Zeugen benennen sollen (a), welches nicht geschehen, noch ist hier eine Ursach vorhanden, derentwegen Restitutio in integrum begehret, mithin vom Richter mehrerer Beweiß zugelassen werden kann (b).

Wollte man aber auch 2) die Kläger damit hören, so ist jedoch keine Möglichkeit abzusehen, ihn beyzubringen. Zeugen sind nicht vorhanden, welche wissen können, was dergleichen Güther 1650. gegolten, und zu bezeugen

vermögen,

vermögen, nicht was sie, sondern ein jeder anderer dafür gegeben hätte (c). Dieser Beweis ist so viel schwerer, da unbewegliche Güther nicht häufig veräussert werden, und also deren gewöhnlicher Preiß wenigen Menschen bekannt seyn kann. Eben so schwer fällt es, ihn durch schriftliche Urkunden zu bestimmen, weil die über benachbarte Güter errichtete Kauf-Coneracte nur erweisen, wie hoch der Käufer und Verkäufer, der besondern Umstände halber, worin sie sich befanden, ihren Werth bestimmet haben, nicht aber daß jeder andere Käufer so viel dafür gegeben hätte (d). Ueberhaupt ist der Schluß von dem jetzigen Ertrag auf den ehmaligen sehr unbündig (e), und nur alsdenn zulässig, wenn keine Veränderung mit dem Guth vorgegangen (f), welches in so geraumer Zeit ausser Zweifel geschehen. Die Kläger gestehen, daß sie die Ziegeley eingehen lassen, so wenigstens jährlich 50. Rthl. ertragen, und es ist glaublich, daß die Gräfl. Familie, welche, ehe sie das Amt Wildeshausen verlohren, sich in guten Umständen befande, nicht darauf geachtet, ob das Guth einige 100. Rthl. mehr oder weniger ertragen, und es nicht sowohl zum Nutzen, als zu ihrem Vergnügen eingerichtet hat.

(a) CARPZOV Lib. III. Resp. 69. num. 1, 2.

(b) MEVIUS Part IV. Dec. 148.

(c) HAHN *d. l.* §. 93. HERTIUS Vol. I. Resp. 468. num. 9. LEYSER Spec. 205. Med. 7.

(d) HAHN *d. l.* §. 95. das CXIX. Bedenken §. III.

(e) HAHN *d. l.* §. 91.

(f) HERTIUS Vol. II. Dec. 443.

§. VII.

Das mehr als 20jährige Stillschweigen des Käufers entkräftet die Vermuthung, daß er wider Wissen und Willen verletzet worden.

Eine starke den Klägern entgegen stehende Vemuthung erreget es, daß dieselbe mehr als zwanzig Jahr stille gesessen, und keiner Verletzung über die Hälfte Meldung gethan, obwohl sie bereits damahls mit denen von Schade, wegen nicht erfolgter richtiger Bezahlung, in Streit geriethen. Der Ertrag muste ihnen zu diesen Zeiten auf das genaueste bekannt seyn, oder ihre Unwissenheit leidet keine Entschuldigung (a). Sie fanden sich also entweder überzeuget, durch den Kauf nicht so sehr verletzet zu seyn, wie jetzt vorgegeben wird, oder sie haben mit Wissen und Willen viel mehr für das Guth gegeben, als es werth war, welchenfalls das Remedium L. 2. C. de Rescindenda venditione kei-

nen Platz findet (b). Herr HOMMEL in Rhapsodia Obs. 5. räumet dieses nur in dem Fall ein, si venditor animum donandi habuit, non autem si necessitate coactus rem sciens minoris vendidit. Ich pflichte seiner Meynung bey, wenn der Verkauf aus Noth geschehen. Erfordere aber nicht eben einen Animum donandi, sondern solche Bewegungsgründe, welche den Käufer veranlasset haben, eine Sache weit über den wahren Werth zu bezahlen, wie es im gegenwärtigen Fall aus denen im §. IV. angeführten Ursachen geschehen.

(a) KAYSER *de Remedio* L. 2. C. *Rescindenda venditione* th. 8. num. 3.

(b) RICHTER Dec. 99. num. 70. 72. HAHN *d. l.* §. 43. ZIEGLER *d. l.* §. 14.

§. VIII.

Beklagter ist nicht schuldig seine Hebereegister und andere Documenten zu ediren.

Man kann den Schadischen Erben keine Edition ihrer Heberegister und anderer Urkunde anmuthen, welche der Beklagte in negotiis antiquis & difficillimæ probationis zwar nicht verweigern darf, weil es alsdenn ohne des Klägers Schuld an andern Beweisthümern fehlet. Aber diese Ursach findet allhier keine Anwendung. Als die Gräfl. Wasaburgische Erben 1761. eine Verletzung über die Hälfte vorschützeten, waren noch Menschen genug im Leben, welche wusten, in welchem Stande das Guth 1650. sich befunden, und was es werth gewesen. Selbige hätte man, wenigstens in perpetuam rei memoriam, sollen abhören lassen. Erleichtert der durch der Partheien Saumseligkeit veranlassete Aufenthalt einer Sache ihnen den Beweis, so wird mancher, bevorab bey den Reichsgerichten, wenn er die Sache viele Jahre unbetrieben lässet, die Gelegenheit überkommen, einen Proceß zu gewinnen, der sonst gewiß verlohren wäre. Obangeführtem nach erweisen auch die geforderte Documente das Pretium commune im Jahr 1650 nicht. Es ist daher in Sachen des Grafen Georg Moritz von Wasaburg modo dessen Erben Kläger wider Henrich Wilhelm von Schade modo dessen Erben Beklagte von Königl. Hannöverscher Justitz-Canzley 1766. erkandt: Nachdemahlen der Kläger Geständniß nach, die Aussagen der Zeugen das Probandum nicht enthalten, dadurch auch die Mängel des vorhin geführten und rechtskräftig für unzulänglich erkandten Beweises keinesweges ergänzet sind, und nach Ablauf des Termini probatorii so wenig eine fernere Beweisführung zulässig, als die Möglichkeit abzusehen ist, wie der Werth, welchen das Guth Huntlosen, und insonderheit die weggebrochene Gebäude anno 1650. gehabt, ausfündig gemachet, mithin eine Verletzung über die Hälfte dargethan werden kann, so wird die Urtel vom 7ten Junii 1755. für purificiret erkläret, einfolglich Bekl. von angestellter Klage entbunden, wie wir also entbinden und die Proceß-

kosten

kosten aus bewegenden Ursachen vergleichen. Als die Kläger sich an das Königl. Ober-Appellations-Gerichte wandten, wurden ihnen die gebetene Processe 1767. versaget.

(a) BOEHMER Tom. II. Dec. 469. num. 10.

CXIX. Bedenken.

Ein Verpächter kann das Remedium L. 2. C. de Rescindenda venditione gebrauchen, wenn er erweiset, daß ein jeder anderer für den Genuß der verpachteten Sache über die Hälfte mehr gegeben hätte.

§. I.

Es hatte Johann Friedrich Bensen von der Einbeckischen Stadt-Cämmerey seit verschiedenen Jahren eine Wiese in Pacht gehabt, und, da der Contract 1763. zu Ende gelaufen, dessen Verlängerung auf 3. Jahr solchergestalt erhalten, daß er jährlich 35. Rthlr. in Cassenmünze an Pachtgelde bezahlen solle. Als aber seine Schwester die Wittwe Boeker über die Hälfte mehr zu geben versprach, erkandte der Magistrat „daß der zwischen der Stadt Cämmerey und Bensen geschlossene Pachtcontract ob læsionem enormem zu rescindiren, und die Wiese qu. der Wittwe Boekern für 70. Rthlr. 9. Gr. jährliche Pacht zu überlassen sey.„ Bensen appellirte von diesem Erkäntniß an die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley, und wollte behaupten, daß eine Locatio conductio sub prætextu minoris pretii per *L.* 23. *ff. locati* nicht rescindiret werden könne, noch weniger aber eine Conductio rerum publicarum, da nach geendigten Pachtjahren der Pächter sie auch wider Willen fortsetzen müsse, wenn sich kein anderer Pächter findet. Als man von dem Magistrat Bericht erforderte, führete er zur Rechtfertigung seines gethanen Spruchs an, das Remedium L. 2. C. de Rescindenda venditione hebe alle Contracte auf.

§. II.

Nun ist dieser Satz allerdings richtig. Einige Rechtslehrer sind zwar anderer Meynung (a), und solche hat Anschein, wenn nach den natürlichen Rechten, sich niemand über eine grosse Verletzung beschweren kann (b), noch solches jure Digestorum geschehen mogte. Es saget Pomponius in *L.* 16. §. 4. *ff. de minoribus*, in pretio emtionis venditionis licere contrahentibus se circumvenire,

und Paulus in *L.* 22. §. 3. *ff. Locati*: Quemadmodum in emendo & vendendo naturaliter conceſſum eſt, quod pluris ſit, minoris emere, quod minoris ſit, pluris vendere, & ita invicem ſe circumſcribere, ita in locationibus quoque & conductionibus juris eſt. Setzet man dieſes alles voraus, ſo iſt der Lex Diocletiani correctoria, und alſo ſtricte zu erklären (c). Allein im Handel und Wandel begehret billig ein jeder, daß man ihn nicht überſetze, und mehr fordere, als von andern gegeben wird. Beyde Theile verſichern gemeiniglich einander ausdrücklich, daß es nicht geſchehen ſolle, und der Verkäufer giebet vor, nur den gewöhnlichen Preiß der verkaufenden Sache zu begehren. Wer würde doch ohne die gröſte Noth mit jemand handeln, der das Gegentheil äuſſert? Derjenige, welcher eines andern Unwiſſenheit und Uebereilung misbrauchet, indem er ihm etwas theuer verkauft, ſo an dem Ort wohlfeiler zu haben, handelt daher widerrechtlich (d). Da immittelſt nicht alle Sachen einen beſtimmten Preiß haben, und unendliche Proceſſe entſtünden, wenn man einer jeden Verletzung halber Erſtattung fordern könnte, ſo werden die mäſſige geduldet, doch nicht gebilliget (e). Auch jure digeſtorum lieſſe der Richter den überſetzten wegen einer beträchtlichen Verletzung Reſtitutionem in integrum angedeihen. Deren Beſtimmung hing aber von ſeinem Arbitrio ab (f). Diocletianus verordnete hingegen, daß nur wegen einer Verletzung über die Hälfte jemanden richterliche Hülfe angedeihen ſolle, daher der L. 2. keinesweges correctoria iſt, und wäre er auch ſolches, ſo erforderte jedoch die Billigkeit und gemeine Wohlfahrt, daß man ihn auf alle Contracte ausdehne, und nimmer groſſe Ueberſetzungen dulde. Ich pflichte dem CONRADI ad Julii Pauli ex Libro ſingulari de jure ſingulari reliqua §. 10. bey, wenn er ſchreibet: Valeat quoque jus ſingulare in pari caſu ob ſingularem rationem & ſimilem æquitatem vel utilitatem, ſed valeat tum demum, ſi omnes caufæ & rationi inducti juris ſingularis exacte reſpondeant. Ich abſehe aber keine Urſach, warum es unverantwortlicher iſt, jemand im Kaufcontract, als im Pachtcontract zu überſetzen, welches die mehreſte neuere Rechtslehrer nicht verſtatten, ſondern den verletzten Pächter und Verpächter das Remedium L. 2. angedeihen laſſen (g).

(a) HUBER *ad ff. Tit. de Reſcindenda venditione* num. 3. TENZEL *de Famoſo reſcripto imperatorio L. 2. C. de Reſcindenda venditione* §. 20. 21. 22.

(b) THOMASIUS *de Aequitate cerebrina L. 2. C. de Reſcindenda venditione per tot* GUNDLING *Jur Natur.* Cap. 24. §. 5. Herr PUTTER und Herr ACHENWALL *Elem. Jur. Nat.* §. 441.

(c)

(c) THOMASIUS *d. l.* Cap. 2. §. 7.

(d) COCCEJUS *de Remedio L. 2. C. de Rescindenda venditione* §. 1. TITIUS *ad Lauterbach* Obs. 540. 541. WOLL *Jur. Nat.* Part. IV. §. 322. VERNETS Christlicher Unterricht Lib. 4. Cap. 7. Cap. 16.

(e) GROTIUS *de J. B. & P.* Lib. 2. Cap. 12. §. 26. PUFENDORF *de J. N. & G.* Lib. 5. Cap. 3. §. 10. HEINECCIUS *ad Grotium d. l.*

(f) COCCEJUS *d. l.* §. 15. Herr B. von CRAMER *Opusc.* Tom. III.

(g) VOET *ad ff. Tit. de Rescindenda venditione* §. 13. ZIEGLER *de Læsione ultra dimicidium* §. 16. 18. COCCEJUS *d. l.* WEGE *de Locatione & Conductione* Cap. 12. num. 28. SCHAUMBURG *de Aequitate & usu practico L. 2. C. de Rescindenda venditione* §. 22. HANNESEN *de Immodica læsione ejusque probatione per testes caute instituenda* §. 12.

§. III.

Aber eine Verletzung über die Hälfte ist nicht erwiesen, so bald man darthut, daß ein anderer mehr, als noch einmahl so viel, für den Genuß der verpachteten Sache geben will. Dieser kann sie vielleicht besser nutzen, als der Pächter. Er thut auch wohl aus Feindschaft oder Unverstand einen übermässigen Both. Es heisset in *L.* 63. *pr. ff. ad L. Falcidiam:* Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. Daher ZIEGLER d. l. §. 33. gründlich also lehret: Pretii non communis, sed conventi demonstratio tertio haud præjudicat. Probandum est, tempore contractus rem venditam tanti communi hominum æstimatione valuisse, ac antea communiter distractam. Opinii tertii tandidem emere parati nihil ad rem facit, nisi eadem cum communi æstimatione conspiret (a). Obwohl demnach, was der Appellant von der Conductione rerum publicarum anführte, hier keine Anwendung fande, weil heutiges Tages die Verpachtung der Güther einer Stadt, wie der Privat-Güther, geschiehet (b), so erhielt er dennoch folgendes obsiegliche Urtel: „Weil es niemanden seines Pachtrechts verlustig machet, daß ein anderer mehr, als noch einmal so viel Pacht zu erlegen sich erbiethet, so sind Appellanten den mit Appellaten errichteten Pachtcontract zu erfüllen schuldig, sie könnten denn binnen 4 Wochen rechtlicher Gebühr erweisen, daß die Wiese qu. zur Zeit der Verpachtung mehr denn noch einmahl so hoch genutzet werden können, als der

Appellant für deren Nutzung ausgelobet, und also Appellaten würklich über die Hälfte verletzet worden.

(a) Dieses bestärken LEYSER Spec. 205. Med. 7. SCHAUMBURG *d. l.* §. 13. HANNESEN *d. l.* §. 4.

(b) GASSER *ad Cod.* Lib. XI. Tit. 70.

CXX. Bedenken.

Ob Lehnwaaren zu entrichten sind, wenn der Erbe ein Erbenzinsguth annimmt, und seine Miterben davon ableget?

Es sind viele der Meynung, daß wenn bey Erbtheilungen einer der Erben die übrigen von einem Erbenzinsguth abfindet, alsdenn der Erbenzinsherr das Laudemium zu fordern unbefugt sey, weil solche Uebertragung ohne seinen Consens geschehen kann (a), und hat das Königl. Chur-Braunschweigische Ober-Appellations-Gericht in Sachen der Eingesessen zu Waake wider den von Wangenheim also erkandt (d). Nicht wenige billigen jedoch dieses Lehngeld dem Herrn zu (c), und niemand ziehet in Zweifel, daß er die Befugniß solches zu erheben an verschiedenen Orten hergebracht hat (d). Nun meldete der von Hagen Lagerbuch zu Deuna auf den Eichsfeld, daß wenn daselbst von sämtlichen Erben einem die Güter zugeschlagen werden, dieser daran seine Portionem filialem frey habe, das übrige aber mit 15 pro cent, als zehn Thaler Lehn- und 5 Thl. Uffloßgelder in die Lehne nehmen müsse. Dieses Lagerbuch verdiente vollkommenen Glauben, weil, als selbiges den Gerichts Unterthanen durch Chur-Mayntzische Commissarien vorgelesen worden, sie eingestanden, "daß es hiemit seine völlige Richtigkeit habe, und die Lehnwaaren nach der alten Observanz bis daher beständig denen Herrn von Hagen abgetragen sind.„ Da nun von besagten von Hagen in dem Erbenzinsbriefe über eine Mühle in den Chur-Hannöverschen Landen Gerichts Lüdigershagen bedungen war, daß der Erbpächter bey sich ereignenden Erb- und Alienations-Fällen, das bey dem Hagischen Gericht zu Deuna übliche und bis daher in Observanz gewesene Erb- Lehn- und Uffloßgeld dem Verpächter und dessen Erben entrichten solle, so wurde jener in der ersten Instanz dazu verurtheilet, und die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley bestättigte 1766. dieses Erkänntniß.

(a) FRANTZ-

(a) FRANTZKIUS *de Laudemiis* Cap. 8. num. 48. STRUV *Obſ. feud.* Conſ. 3. Herr von BURI Erläuterung des Teutſchen Lehnrechts. Herr von PUFENDORF Part. III. Obſ. 34. §. 7.

(b) Herr von PUFENDORF *d. l.*

(c) CARPZOV Part. II. Conſt. 39. Def. 25. LUDEWIG in den gelehrten Anzeigen Part. II. LORBER *de Coherede fundum emphyteuticum in ſolidum accipiente ad laudemium detracta rata ſua ſolvendum obligato per tot.*

(d) LUDOLF *Obſ. for.* 387. Meine *Tractation de bonis Meyerdingicis* §. VIII.

CXXI. Bedenken.

Wer von einem Stiefvater ſeiner Stiefkinder Güther wiſſentlich gekaufet hat, dem kommt der L. ult. C. ſi major factus alienationem &c. nicht zu ſtatten.

Johann Jobſt Schloendorf zu Vilſen wollte uxorio nomine einen von ſeiner Frauen Stiefvater in ihrer Minderjährigkeit veräuſſerten Kamp vindiciren. Albert Meiers Erben, als Beſitzer, ſetzten ihm aber Exceptionis præſcriptionis entgegen, und das Königl. Amt Bruchhauſen erkandte am 27ten Aug. 1766: „Daß weil die von Klägers Frauen Stiefvater Segelken im Jahr 1729. geſchehene Veräuſſerung des Kamps qu. vom Anerben Johann Caſper Banſemann in der nach erlangter Volljährigkeit verordneten Friſt nicht widerſprochen worden, anbey die Tempora uſucapionis ordinariæ auch vor der erſten Klage im Jahr 1739. längſt verſtrichen, die angeſtellete Vindications-Klage fernerweit keine Statt finde, ſondern Beklagter bey dem Beſitz des von Luder Meyer erkauften Kamps geſchützet werde.„ Von dieſem Spruch appellirte der Kläger an die Königl. Hannöverſche Juſtitz-Canzley, und führte an, daß der Verkauf vom Stiefvater, und alſo a non domino geſchehen. Es fehle an allen Erforderniſſen der Veräuſſerung unmündiger Waiſen Güther. Deswegen bedürfe er keiner Reſtitution in integrum, und negotia nulla erlangten per ſilentium quinquennii keine Kraft. Könnte eine Verjährung den Kauf gültig machen, ſo müſte es eine 30 oder 40jährige ſeyn, welche hier nicht vorhanden, da die Veräuſſerung am 3ten Nov. 1729. geſchehen, und die Klage am 14ten Julii 1759. erhoben worden. Auch entkräfte Præſcriptionem ordinariam der Defectus bonæ fidei.

Nun

Nun iſt zweifelten Rechtens: Ob der Ablauf des Quinquennii auch die Mängel einer Veräuſſerung unmündiger Wayſen Güther erſetzet, wenn ſie an ſich nichtig iſt. Dieſes verneinen MEVIUS *Part. VIII. Dec.* 372. BERGER *ad Lauterbach Tit. de Rebus eorum, qui ſub tutela &c. p. m.* 517. WERNHER *Part. VI. obſ.* 482. und andere. Hingegen aber bejahen es ſamt mehreren, STRYCK *in Conſ. Hall. Tom. I. Lib. I. Conſ.* 255. *num.* 6. LEYSER *Spec.* 345. *Med.* I. und SCHMIDT *de Vindicatione rerum pupillarum ad quinquennium reſtricta per tot.* Auf dieſe Frage kommt es aber allhier nicht an, weil ſelbige vorausſetzet, daß der Verkauf von einem Vormund oder dem Mündling geſchehen. Hat jener dieſes Güther nicht als Vormund, ſondern als wenn ſie ihm zugehörten, verkaufet, ſo findet der *L. ult. C. ſi major factus alienationem &c.* keine Anwendung (a). Eben wenig kann er alſo von dem Fall reden, wenn der Stiefvater oder ein jeder anderer fremdes Guth verkaufet hat. Deſſen widerrechtliche Unternehmung verhindert zwar den Käufer nicht, mittelſt der Præſcriptionis ordinariæ ein unwiderrufliches Recht an der gekauften Sache zu erlangen. Dazu wird jedoch bona fides erfordert (b), woran es demjenigen mangelt, der vorwendet, etwas nicht gewuſt zu haben, ſo er wiſſen können und ſollen (c). Der Käufer wuſte aber, oder ſollte doch wiſſen, daß kein Stiefvater ſeiner Stiefkinder Güther veräuſſern darf.

(a) LAUTERBACH *in Diſſ. ad L. ult. C. ſi major factus alienationem &c.* §. 18.

(b) STRUV Ex. 43. §. 18. LAUTERBACH *C. J. P. Tit. de Uſurpationibus & uſucapionibus* §. XI.

(c) HARPPRECHT Conſ. 30. num. 101.

CXXII. Bedenken.

Wenn in dem Collegio derjenigen, welche die Urtheile des Kayſerl. Cammer-Gerichts revidiren ſollen, eine Gleichheit der Stimmen entſtehet, ſo hänget es von des Kayſers und Reichs Willkühr ab, welchergeſtalt die Sache zu entſcheiden iſt.

Die alten Cammeraliſten hielten dafür, daß wenn in dem Collegio Reviſorum eine Gleichheit der Stimmen entſtehet, es bey dem Cammergerichtlichen Erkänntniß bleiben müſſe, weil für dieſes die Vermuthung ſtreite, ſo lange es ungeän-

ungeändert ist, welche Aenderung nicht geschehen könne, wenn die Sache durch keine Mehrheit der Stimmen entschieden werden mag (a). Sie wollten auch keinesweges zugeben, daß die Stände selbst in solchem Fall den Ausspruch thun, da ihnen unter der Bedingung die Jurisdictio ordinaria in causis revisionum beygeleget worden, wenn sie trefliche, erfahrne, gelehrte, geschickte und geübte Personen gebrauchen (b). In der bekannten Münsterschen Erbmänner Sache bedunge sich der Kayser, laut Commissions-Decrets vom 12. Februar 1708., in casum paritatis votorum vermöge Kayserl. und höchstrichterlichen Amts der Justiz gemäß die Entscheidung zu geben (c), und man liesse es bey des Cammergerichts Urtheil, ohne daß sich das Reich der Erkänntniß in der Sache selbst unterzog (d).

Allein da, der für das Cammergericht streitenden Vermuthung ohnerachtet, man für heilsam gehalten, dessen Rechtssprüche auf der Partheien Ansuchen revidiren zu lassen, um es dadurch zu bewegen, solche mit dem größten Fleiß und Sorgfalt abzufassen, so sind von dieser Regul keine willkührliche Ausnahmen zu machen, noch ist abzusehen, warum nicht in dem Revisions-Collegio, bey entstehender Gleichheit der Stimmen, eben also zu verfahren, wie in andern Gerichten. Diese müssen sich alsdenn an denjenigen wenden, von dem sie ihre Gewalt haben, und es desselben Verfügung überlassen, wie die Hinderung aus dem Wege zu räumen, welche dem Gericht nicht erlaubet, den Rechtsstreit zu entscheiden (e). Das Cammergericht repræsentiret den Kayser und das Reich, wie im Visitations-Abschied von 1713. §. 22. ausdrücklich gesaget wird (f). Gleiche Bewandniß hat es mit dem Revisions-Gericht, und muß daher der Kayser, samt denen auf dem Reichstage versammleten Ständen, was ihnen in dergleichen Sachen heilsam dünket, verordnen. In der Erbmänner Sache hat man es keinesweges auf die Kayserl. Entscheidung allein ankommen lassen, sondern ihr ist, dem von zwey Reichs-Collegiis erstatteten Gutachten gemäß, durch ein Kayserl. Commissionsdecret vom 31. Aug. 1708. abhelfliche Maaß gegeben, und es keinesweges bey dem Cammergerichtlichen Urtel verblieben, weil solches von den Revisoren nicht reformiret werden können, sondern weil diese, obwohl ihnen aufgegeben war über die Streitigkeit in præfixo termino biennii einen Ausspruch zu thun, dieser Instruction nicht nachgekommen, und unerwartet einer vom Reich auf ihren Bericht verlangten Resolution, auseinander gegangen waren (g). Das Reich kann aber in ähnlichen Fällen ein anders belieben, und die Sache auf dem Reichstag entscheiden, oder mehreren Personen die Revision aufgeben, und solchergestalt Majora herauszubringen suchen. Es verstehet sich von selbst, daß bey Abfassung der Votorum Rechtsgelehrte zu

Rath gezogen werden müssen. Dieses geschiehet aber auch füglich bey Abfassung der Instruction für die Abgesandte, an den Höfen, und in den Rathsstuben der Fürsten und Stände. Bereits 1512. hat man auf dem Reichstag in Sachen des Fiscals wider die Stadt Cölln Acta besichtigen, und diesen Rechtsstreit entscheiden wollen (h). Mir scheinet es jedoch nicht rathsam zu seyn, diese Art der Entscheidung zu belieben, weil es 1) die Endschaft der Rechtshändel sehr entfernen würde, wenn so vieler Reichsstände Vota einzuholen sind. Diese alle können 2) ohne grosse Kosten und vielen Zeitverlust die Acten nicht einsehen, und sind also weniger, als einige Revisores, geschickt, eine Sache gründlich zu beurtheilen. Endlich lehren 3) die Recurs-Sachen, wie auf dem Reichstage politische Absichten grossen Einfluß in die Justitzpflege haben, und daß selten jemand wider seine Freunde votiret. Wer also eine Gottgefällige gleichdurchgehende Handhabung der Gerechtigkeit befördern will, muß zu verhindern suchen, daß man Rechtshändel auf den Reichstag ziehe (i). Das Churfürstl. Collegium hat solches in der Münsterschen Erbmänner Sache wohl erkannt, und deswegen begehret, daß von Kayserl. Majestät annoch ein Commissarius zu der Revisions-Sache benennet werden mögte (k). Ich vermeyne es sey am besten, daß eine Adjunction einiger Revisorum geschehe, und man also die Sachen durch Mehrheit der Stimmen entscheide.

(a) BENDER *de Revisionibus* concl. 19. num. 19. 20. 22. RULAND *de Commissariis* Part. I. Lib. II. Cap. 21. num. 18.

(b) Cammergerichts-Ordnung von 1555. Part. I. Tit. 50. §. 1. Concept der im Jahr 1613. verbesserten Cammergerichts-Ordnung Tit. 64. pr. BENDER *d. l.* num. 29.

(c FABRI Staats-Canzley Part. XIII.

(d) Ibid. Part. XV.

(e) ZIEGLER *Dicast.* concl. 42. §. 21. 22. HORN *de Paribus sententiis judicum & arbitrorum* §. 12. Herr B. von CRAMER *Opusc.* Tom. II. Siehe auch oben das LXXI. Bedenken §. II.

(f) Meiner Neben-Stunden IV. Theils XXVI. Abhandlung §. I.

(g) FABER *d. l.* Part. XIII.

(h) Herr Cammergerichts-Assessoris von HARPPRECHT Staats-Archiv des Kayserl. Cammergerichts Part. III. §. 108.

(i) Meiner Neben-Stunden III. Theils XII. Abhandlung §. VII.

(k) FABER *d. l.*

CXXIII. Bedenken.

Der älteste eines Geschlechts, als Lehnträger, ist nicht befugt, ohne Genehmhaltung aller seiner Mitbelehnten, Anwartschaften auf Afterlehne zu ertheilen.

§. I.

Es schreibet *J. S.* Stryk *in Diss. de Prodomino feudi directo C.* 2. §. 14.: Observo, quod prodominus vel ejus substitutus ad exemplum Prælati & Capituli feudum apertum, quod infeudari solitum, sive ad infeudationem destinatum est, de novo alteri concedere, quodque in ejusmodi feudo expectativam die Anwartschaft, & cum consensu Vasalli tertio quoque simultaneam investituram, die gesamte Hand, indulgere possit, quia neutro casu aliquid in præjudicium condominorum suscipit vel innovat, sed id nomine omnium expedit, quod omnes facere consueverant. Als daher ein Senior familiæ, ohne der mehresten Mitbelehnten Genehmhaltung, auf verschiedene Afterlehne Anwartschaften ertheilet hatte, so entstund die Frage: Ob diese Lehre des Strykii Grund hat?

Sie läufet meines Ermessens, sowohl I. den Lehnrechten, als II. der Observantz zuwider. Allen Mitbelehnten stehet I. das Condominium directum der Afterlehne zu, folglich kann sie einer ohne des andern Einwilligung nicht vergeben. Ist gleich festgestellet, daß dieselbe verliehen werden sollen, so stehet jedoch nicht abzusehen, warum die Wahl des neuen Vasallen von dem Lehnträger, mit Ausschliessung seiner Vettern, geschehen müsse. Heutiges Tages werden solche Lehne mehrentheils eingezogen, weil man keiner Hülfe der Lehnleute in Fehden bedarf, welche zu erlangen, von den Vorfahren so viele Güther weggegeben worden. II. Sind vermöge Herkommens im Fürstenthum Calenberg, Grubenhagen, und den benachbarten Ländern die Lehnträger nur Procuratores, welche im Nahmen aller Mitbelehnten von den Lehnsherrn die Lehne empfangen, und sie den Afterlehnleuten ertheilen, daher auch jene zur Lehnsempfängniß Vollmachten ausstellen müssen, und die Lehnbriefe der Afterlehnleute werden entweder von allen Condominis unterschrieben, oder es wird doch darin gemeldet, daß selbige in die Investitur gewilliget haben. Hermann von Steinberg Ritter belehnte 1360. von siner und siner Veddern wegen Henrichs und Hanses Herrn Henrich sines Broders Söhnen Diederick und Henrick von Hardenberge Börger to Einbecke mit tweien Deil des halven Tegeden to Oldendorp by neden der Stadt to Einbecke. In einem Lehnbrief, welchen 1413. Borchard

von Steinberg Ritter Arend von Heinde ertheilete, heisset es: „Und we Henning und Aschwien Brödere geheten von den Steinberge bekennet, dat Herr Borchard unse benomede Vedder dese vorschrevene Lehnunge gedahn, mit unsen Willen, Witschob und Vulborde. Im Jahr 1442. gab Barchard von Steinberg, mit Willen und Vulborde seines Vettern, Behrend Strieke zwey Hüfe Landes in dem Felde zu Munstett zu Lehn, und 1535 Cord von Steinberg, mit Wettende und Vulborde sienes Bruders Schwans und siener Vettern Cord und Carls, Henninge Cromen eine Hüfe Landes und anderthalb Kothhöfe. Im Jahr 1579. beliehe Christoph von Landsberg, als der älteste, vor sich und von wegen Dietrichen und Jobsten von Landsberg seiner Brüder die von Bennigsen, auch 1760. der Geheimte Rath von Cramm als Senior und in Vollmacht seiner Heren Mitinteressenten von Cram die von Steinberg (a). Man vermuthet, daß bey Afterlehnen dasjenige Rechtens ist, was bey denen Lehnen üblich, wovon sie abhängen (b). Nun wird aber des Durchl. Hauses Braunschweig und Lüneburg ältester, welcher die Lehne von Kayserl. Majestät empfänget, ausdrücklich aller lebender Fürsten des Hauses gevollmächtigter Lehnträger genannt (c), und den König von Dännemark investiret mit dem Stadt- und Budjadinger Land der älteste regierende Herzog zu Braunschweig und Lüneburg im Nahmen des gesamten Fürstl. Hauses (d). Auch sind die eröfnete Samtlehne immer den sämtlichen regierenden Herrn angefallen. Nach Abgang der Grafen von Hoya, bekam Herzog Wilhelm zu Lüneburg, Hoya, Nienburg, Liebenau und Bruchhausen, Herzoch Erich der jüngere und Herzog Julius aber Stolzenau, Ehrenburg, Siecke, Steierberg, Siedenburg, Diepenau und Bahrenburg (e). Von der Grafschaft Blackenburg, als sie dem Wolfenbüttelschen Hause zu Theil worden, sind auch die übrigen Agnaten abgefunden. Es hat J. S. STRYK nicht mehr als drey Geschlechter nahmhaft machen können, welche den Lehnträger erlauben, auf die Afterlehne Anwartschaften zu ertheilen, nemlich die Fürsten von Schwartzburg, Grafen von Mansfeld und Edlen Herren von Pütlitz in der Churmark Brandenburg. Dieses sind Ausnahmen von der Regul.

(a) Meiner Rechtlichen Bedenken II. Theils CXLII. Bedenken.

(b) LUDOLF *Symph.* Vol. II.

(c) LUNIGS *Corpus Jur. feud. Germ.* Tom. I.

(d) Ibid. Tom. II.

(e) RETHMEIERS Braunschweig. Lüneb. Chronik.

§. II.

Sollten aber nicht diejenige, welche solche Anwartschaften ertheilet haben, wenigstens den ihnen angefallenen eingezogenen Theil der erledigten Lehne, den Expectivirten zu Afterlehn verleihen müssen. Ich halte es dafür, so ferne solches ohne Nachtheil des Lehnsherren und der Mitbelehnten, nur auf Lebenszeit dessen der die Anwartschaft gegeben und seiner männlichen Nachkommen, geschiehet (a). Wie aber wenn Kraft errichteter Verträge, die eröfneter Lehne zum besten des ganzen Geschlechts in Gemeinschaft bleiben sollen? Solchenfalls mag meines Ermessens der Expectivirte keinen Anspruch daran machen. Er könnte dieselbe weder, noch einige Gewährsleistung fordern, wenn sie nur von dem ganzen Geschlechte zu verleihende Afterlehne geblieben wären, und eben diese Bewandniß hat es, dafern die Lehnsherren unter der Bedingung darin gewilliget, daß man sie einziehe, wenn die Aufkünfte zu ihrer aller Besten, um gemeinschaftliche Lasten abzutragen, verwendet würden, denen es zum Nachtheil gereichet, dafern einen Theil solcher Güther Fremde überkommen, mithin sie nicht gesichert sind, daß der Mitbelehnten Beytrag richtig erfolgen werde.

(a) Dieser Rechtlichen Bedenken I. Theils CXXXXVII. Bedenken.

CXXIV. Bedenken.

Von dem Anerbrecht des jüngsten Kindes an der elterlichen Stelle in der Grafschaft Diepholz.

Daß in der Grafschaft Diepholz die Stelle nach der Eltern Tode dem jüngsten Sohn, und, wenn deren keine vorhanden, der jüngsten Tochter gebühret, solches leidet keinen Zweifel. Wohl aber ist mehrmahlen die Frage entstanden: Ob der Vater oder die Mutter, wenn die Stelle von ihr herkömmt, solche einem andern Kinde übergeben, oder vermachen könne? Sie wurde besonders in Sachen Groweg sorgfältig erörtert, als der jüngste Sohn Johann Alert von dem ältesten Gerd Henrich die Abtretung der Stelle forderte, welche die Mutter, deren eigenthümliches Guth sie war, dem letztern übergeben hatte. Die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley erkandte am 14. Dec. 1762.: „Würde Appellant erweisen, daß im Amt Diepholz dem jüngsten Sohn an unbeweglichen Allodial-Güthern das Anerbrecht dergestalt zustehe, daß es ihm durch eine Disposition seiner Eltern nicht genommen werden könne, so ergehet ferner was Rechtens.„ Die Frankfurtische Juristen-Facultät bestätigte dieses Erkänntnis

nis 1764., jedoch mit der Einschränkung, daß der Kl. welchergestalt die streitige Gewohnheit wenigstens auf den Willenberge erkanntermassen hergebracht, nur allein zu erweisen schuldig. Darauf führte selbiger den Beweis durch sieben Zeugen, welche einmüthig aussagten, es gebühre dem jüngsten Sohn das Erbrecht, die Stelle möge vom Vater oder von der Mutter herrühren, und komme es auf der Eltern Wüllkühr nicht an. Der Aelteste müste daher dem jüngsten sein Recht abkaufen, und wenn auf diesen nichts zu sagen, oder er wegen Gebrechlichkeit der Stelle vorzusteben nicht unvermögend sey, und sie bis zu seiner Großjährigkeit hingehalten werden möge, so könne man ihm solche nicht nehmen. Es wurde aber durch Zeugen erwiesen, daß der Kläger, zur Zeit des Ablebens seines Vaters, nur $2\frac{1}{2}$ Jahr alt, die Stelle verschuldet, die Gebäude verfallen, und die Mutter auffer Stande gewesen, ihre zwöf Kinder zu ernähren, mithin von Königl. Justitz-Canzley 1767. erkandt: „Da die vom Appellanten producirte Testes probatoriales bezeugen, daß wenn auf dem Willenberge die Stelle bis zu des jüngsten Sohns Großjährigkeit nicht im Stande erhalten werden könne, dieselbe einem der ältern zu Theil werde, daß aber dieser Fall allhier vorhanden, und des Johann Alert Mutter sich und ihren vielen Kindern bis zu dessen mannbaren Jahren den nöthigen Unterhalt nicht verschaffen können, der Reprabatorial-Zeugen Aussagen auffer Zweifel stellen, so wird Beklagter von angestellter Klage billig absolviret, compensatis expensis.

Es muß jedoch dieses Recht des jüngsten Sohns nicht in der ganzen Grafschaft Diepholz notorisch hergebracht seyn. Denn das Amt Lemförde forderte 1761. in Sachen Holzkamp wider Holzkamp den Beweis, daß in freyen unbeweglichen Güthern das Anerbrecht durch keine väterliche Disposition geschmälert werden könne, und die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley bestättigte solches Erkenntniß.

Eine andere Bewandniß hat es mit den Bauren, welche Eigenbehörige sind (a), denen nicht erlaubet wird, ohne ihres Herrn Genehmhaltung dergleichen Verordnungen zu machen (b).

(a) PALM vom Leibeigenthumsrecht Cap. IV. §. 29. 30.

(b) Osnabrückische Leibeigenthums-Ordnung Cap. I. §. 24. Cap. XV. §. 4. Ravensbergisches Leibeigenthumsrecht Cap. I. §. 25.

CXXV. Bedenken.

Eine Geschwächte kann nur den Brautschatz fordern, welchen sie demjenigen, der sie geschwängert, zu der Zeit zubringen können, wie dieselbe befugt war zu begehren, daß er sie ehliche, oder mit Geld abfinde.

Anne Elisabeth Kien brachte 1753. zwey unehliche Kinder zur Welt, und der Verwalter Eickhof stellete in keine Abrede dieselbe geschwängert zu haben. Ihrem Vorgeben nach, hat derselbe versprochen, sie zu ehlichen, so bald er im Stande seyn würde, eine Frau zu ernähren. Als aber solches unterblieb, und er sich mit einer andern verlobte, erhob die Kienen 1763. eine Eheklage bey dem Königl. Consistorio, und da Beklagter das Eheversprechen läugnete, schobe sie ihm darüber einen Eid zu, welchen er leistete, weswegen jene mit ihrer Klage ab und zur Ruhe verwiesen wurde. Sie wandte sich darauf an die Königl. Justiz-Canzley, und forderte von dem Beklagten, nebst den Wochenbetts- und Taufkosten, auch den rückständigen Alimentgeldern, wegen der bisher von ihr ernährten beyden Kinder, was sie ihm erweislich zubringen können, und nicht nur die aus dem väterlichen Hofe ihr gebührende 50. Thlr. Brautschatzgelder, nebst dem fünften Theil der ausstehenden väterlichen Schulden, als 168. Thlr. (zu deren Beytreibung jedoch besage Amtsprotocolls wenig Hofnung seyn soll) sondern überdem 240. Thlr. 8. gr., die sie nach ihrer Niederkunft erworben. Es wurde aber am 7ten Junii 1766. erkandt, daß derselben nur gebühre, was sie Tempore concubitus im Vermögen gehabt, und dem Beklagten in dotem zugebracht haben würde, wenn er sie damahls geheyrathet hätte. Von diesem Erkänntniß supplicirte die Klägerin, und bezoge sich auf ein hiesiges judicatum, welches den Stupratorem condemniret hatte, nicht nur den väterlichen Brautschatz, sondern auch was die Stuprata ihm sonst zubringen können, ihr zu entrichten. Es schreiben auch SANDE *Lib. II. Tit. I. Def.* 10.: Curia nostra solet æstimare vestes, mobilia, vel immobilia, & actiones, si quas stuprata habet: deinde inquirere, quantam dotem parentes ei dare possint. Diese Lehre war allerdings dahier zum Grunde eines Erkänntnisses geleget (a), und sie ist den Rechten gemässer, als die Meynung WERNHERI *Tom. III. Part. II. Obs.* 363. welcher dafür hält, es komme bey der Bestimmung des Brautschatzes darauf nicht an, was die Geschwächte im Vermögen hat, und die Satisfaction ratione eines begangenen delicti sey nach der Zeit, da es geschehen, zu reguliren. Denn selbige ist weder ein eigentlicher Brautschatz, noch die Strafe des begangenen Verbrechens (b), sondern eine Schadloshaltung, weil der Geschwächten

die

die Gelegenheit entzogen ist, eine ihrem Stande gemässe Heirath zu thun (c), und zwar nach den Umständen, worin sich dieselbe zu der Zeit befunden, als sie fordern konnte, daß der Beklagte sie heirathen, oder mit Gelde abfinden sollte. Vergebens wendete selbige ein, daß sie damals den Beklagten nicht in gerichtlichen Anspruch genommen, weil er versprochen, sie zu heirathen, sobald er im Stande seyn würde, eine Frau zu nehmen. Denn das Gegentheil hatte derselbe durch den geleisteten Eid dargethan. Die verspätete Klage konnte der Klägerin Umstände nicht verbessern und sie berechtigen, den Werth des nachher erworbenen zu fordern. Dieses minderte die durch die Schwängerung verlohrne Gelegenheit eine gute Heirath zu thun keinesweges, und konnte dem Beklagten nicht zur Last gereichen. Es wurde daher erkandt: „Daß da die Klägerin zur Zeit ihrer Niederkunft nicht begehret hat, daß Beklagter sie heyrathen oder dotiren solle, selbige kein mehreres fordern kann, als worin damals das Ihrige bestanden, mithin der Aufschub der Klage dem Beklagten zu keinem Nachtheil gereichen muß, als wodurch er der Klägerin die Gelegenheit eine gute Heirath zu thun nicht entzogen, welche vielmehr die nachherige Acquisita veranlassen können, daß aber des Klägers Ehe-Versprechen dessen Ursach gewesen, vergebens eingewandt wird, da er das Gegentheil eydlich erhalten, so ist auf der Klägerin Acquisita nach ihrer Niederkunft keine Rücksicht zu nehmen, und verbleibet es daher billig bey dem Decreto vom 7ten Julii 1766.

(a) Dieser Rechtlichen Bedenken I. Theils CLXIII. Bedenken.

(b) BOEHMER *J. E. P.* Lib. 5. Tit. 16. §. 8. 9.

(c) VOET *ad ff. Tit. ad L. Juliam de Adulteriis coercendis* §. 4. 5. BOEHMER *d. l.* HOEFT *de Virgine stupratore non dotanda* Cap. 1. §. 4.

CXXVI. Bedenken.

Vermöge der Chur-Braunschweigischen Landesgesetze ist der bey einer Feuersbrunst verübte Diebstahl, er sey so gering als er wolle, mit dem Tode zu bestrafen.

In dem Chur-Braunschweigischen Edict vom 24sten April 1710. ist folgendes versehen: „Und weil man übrigens wahrgenommen, daß in dergleichen Begebenheiten (bey Feuersbrünsten) viele Diebereyen vorzugehen pflegen, und unter dem Vorwand es zu retten, und in Sicherheit zu bringen, entwendet wird,

wird, gleichwohl andem, daß die in solchen Fällen verübte Bosheit desto schärfer zu bestrafen, je weniger man sich dafür hüten kann, als ist unser ernster Wille, daß derjenige, welcher alsdenn das allergeringste entwendet, das ihm Anvertrauete nicht wieder zurecht bringet, oder daß er es hat auf geschehenes Nachfragen verleugnet, ohne einzige Gnade am Leben bestrafet werden solle (a).„ Es wurde jedoch Catharine Munkels, welche bey einer Feuersbrunst einen Kessel gestohlen, nur zu einjähriger Zuchthaus-Strafe, mit Anrechnung des erlittenen Arrestes, verdammet, und zwar deswegen, „weil die a jure communi abgehende sehr geschärfte Verordnung nur eigentlich auf die Städte eingerichtet, immassen darin verordnet, wie bey entstandener Feuersbrunst die Maurer und Zimmerleute, denen ihnen vorgeschriebenen Pflichten gemäß, sich zu verhalten, item daß alle Zugänge an dem Ort, und die Strassen, wo das Feuer ist, mit Soldatesque, oder, wo solche nicht vorhanden, mit bewährter Bürgerschaft zu besetzen, dergleichen Umstände aber nur auf die Städte applicable, ferner in fine dieser Constitution von den Magistrats-Personen, daß selbige über deren Inhalt zu halten, mit keinem Worte aber der Beamten gedacht wird, wie doch in allen General-Verordnungen, so auf das platte Land mit gehen, zu geschehen pflege.„ Ich kann dieser Deutung ohnmöglich beypflichten. Weder die Worte, noch die Causa finalis verstatten es, das Edict auf die Städte und Flecken einzuschränken. Selbiges enhält verschiedene Dispositionen, und zwar 1) was die Maurer und Zimmerleute bey Feuersbrünsten zu verrichten haben; 2) wie die Diebe zu bestrafen, und 3) welchergestalt den Diebstählen durch die Soldatesque und bewehrte Bürgerschaft vorzubeugen. Wenn gleich das erste und dritte auf die Dörfer selten Anwendung findet, so ist es doch wegen des zweyten Punkts anders beschaffen, und nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber nicht sowohl den Landleuten, als denen in Städten wohnenden, wider Diebe Sicherheit verschaffen wollen, bevorab da jene Feuersbrünsten mehr ausgesetzet sind, als diese. Wenn am Ende des Edicts allen und jeden Magistraten befohlen wird, darüber zu halten, so kann man solches auf die Städtische Bürgermeister und Rath nicht einschränken, weil die Beamte auch Magistrats-Personen sind, und sonst in den Städten, welche keine Obergerichte haben, und allwo diese den Königl. Aemtern zustehen, das Stehlen bey Feuersbrünsten weniger bestrafet werden müste, als in andern, wovon keine vernünftige Ursach angeführet werden kann. Die Beamte und Gerichtsherren sind mit eben der Gewalt versehen, welche den Stadt-Obrigkeiten zustehet. Wenn man durch Gesetze die Menschen von Uebelthaten abschrecken will, so werden ihnen die schärfsten Strafen angedrohet. Soll man sie aber demnächst vollstrecken, so

führet die Disproportion zwischen dem Verbrechen und der Strafe das Herz des Richters. Die Menschlichkeit erlaubet nicht, wegen eines gestohlenen Kessels denjenigen, der dessen ohne List und Gewalt habhaft worden, und vielleicht von dem Edict von 1710. niemals etwas gehöret hat, am Galgen erwürgen zu lassen. Um solches zu vermeiden, verfallt man auf Auslegungen der Gesetze, welche keinen Grund haben.

(a) Chur-Braunschweigische Landes-Ordnungen Cap. IV. p. 263.

CXXVII. Bedenken.

Von Rauch-Hühnern.

Fast alle Guthsherren empfangen von ihren Erben-Zins- und Meyerleuten Hühner. Sie werden auch vielfältig den Gerichtsherren geliefert, und Rauch-Hühner genannt. An einigen Orten gebühren sie dem peinlichen Richter (a), an andern demjenigen, der die Niedergerichte hat (b). Im Jahr 1468. verkauften die von Ritzerau der Stadt Lübeck verschiedene Güther, mit dem Richte und Rechte, högesten, middelsten und syddesten, in Hals unde in Hand, mit den Rockhönern und Pachthönern, wie aus dem Kaufbrief zu ersehen, welcher sich in der Gründlichen Nachricht von der Vogtey Mühlen in den Beylagen p. 99. findet. Auch diejenige Zinshüner, so den Guthsherrn zu entrichten, nennet man wohl Rauchhühner. Hr. von PUFENDORF meldet im Tr. de Jurisdictione Germanica, daß im Cellischen Gericht zur Witzen-Mühlen, demjenigen Guthsherrn die Besetzung und Entsetzung des Hofes zustehet, der das Rauchhuhn empfänget, und DEINLIN d. l. §. 6, illam præstationem arguere jus mancipii. Es ist daher nichts ungewöhnliches, daß sowohl der Landesherr, als der Gerichtsherr und der Guthsherr das Rauchhuhn empfänget. In Teutschland wurde vielfältig denen Landesherren Rauchgeld, Rauchpfennige und Rauchsteuren gegeben (c). Einige halten dafür, daß die Gerichtsherren als Guthsherren Rauchhühner bekommen, weil sie die Patrimonial-Gerichte sowohl, wie die Abgiften der Bauren aus der Leibeigenschaft herleiten (d). Aber im Fürstenthum Calenberg kleben jene der Guthsherrschaft keinesweges an, sondern an den Orten, wo die Gerichte einem Landsassen zustehen, übet er sie sowohl über anderer Guthsherren Meyer, als über die Seinige. Der Empfang des Rauchhuhns erweiset demnach in diesem Lande so wenig immer die Guthsherrschaft, als die Gerichtsherrschaft, wie also von Königl. Hannöverscher Justiz-Canzley Anno 1766. erkannt worden.

(a) STRYK

(a) STRYK *U. M. ff. Tit. de Jurisdictione* §. 6. BECK *de Jurisdictione superiore* Lib. I. Cap. 23. Obs. 2. Lib. II. Cap. 4. Obs. 14. Cap. 5. Obs. 20. Herr RICCIUS *ad Engau Elem. Jur. Germ.*

(b) KOPPEN Dec. 48. n. 22. DEINLIN *de Præstationibus Gallinariis.* Herr MEISTER in der Abhandlung des peinlichen Processes Sect. I. §. II.

(c) HALTAUS *in Glossario medii ævi voc.* Rauchgeld.

(d) HEINECCIUS *de Origine atque indole jurisdictionis patrimonialis* §. 19. POTGIESSER *de Statu & conditione servorum apud Germanos* Lib. II. Cap. I. §. 43. 44. DEINLIN *d. l.*

(e) Meine *Commentation de Jure villicorum* Cap. VII. §. 5.

CXXVIII. Bedenken.

Vom Stifthildesheimischen Erbmeyerrecht.

Mir sind die Rationes decidendi einer bey dem Hochfürstl. Stifthildesheimischen Hofgericht publicirten von der hochlöblichen Heidelbergischen Juristen Facultät verfasseten Urtel zu Gesicht kommen, worin behauptet werden wollen, es sey im Stift Hildesheim das Erbmeyerrecht unbekannt, und der Erbmeyergüter entweder gar keines, oder überaus wenige daselbst anzutreffen, sondern eine allgemeine Landesgewohnheit, daß die Guthsherren, Geist- und Weltliche, ihre Aecker und Ländereyen nur Pachtweise vermeyern. Weil ich mich bemühet habe, das Gegentheil in verschiedenen zum Druck beförderten Schriften darzuthun, und von der Entscheidung dieses Streits sehr vieler Menschen Wohlfahrt abhänget, so wird es mir nicht zu verdenken seyn, daß ich über manche Sätze besagter Juristen-Facultät Anmerkungen mache.

Derselben ist bekannt, daß viele Urtelsfasser die Sache ganz anders angesehen, als es von ihr geschiehet. Aber sie will 1) behaupten, es sey den ausländischen Rechts-Collegiis die wahre Beschaffenheit des Hildesheimischen Meyerrechts nicht bekannt gewesen, und die vollständig belehrten Juristen-Facultäten hätten es für ein Pachtrecht gehalten. Wie kann man aber sagen, daß diese bessern Unterricht gehabt, als die das willkührliche Abmeyerungsrecht misbilligende Rechtsgelehrte? Die für und wider das Erbmeyerrecht publicirte Schriften setzen die Sache in ein so helles Licht, daß jeder der Rechte Kündiger sie

gründlich beurtheilen kann. Dieses ist von dem hochpreißlichen Kayserl. Cammergericht mehrmal geschehen, und den Hildesheimischen Meyern ein Erbrecht beygeleget, wie insonderheit aus denen Erkenntnissen unwidersprechlich erhellet, welche, samt den Rationibus decidendi, der Herr Cammergerichts-Assessor B. von CRAMER *Opusc. Tom.* 3. und in den Wetzlarischen Nebenstunden *Part. VI. VII. & XXXII.* der gelehrten Welt mitgetheilet hat.

Die Herren Urtelsfasser wendeten 2) ein, es sey im Zweifel eine Locatio simplex zu vermuthen, da die Vertheidiger des Erbmeyerrechts gestunden, daß vor Alters die Meyer nur ein Pachtrecht gehabt. So unrichtig aber der Schluß ist, daß weil die Bischöfe zu Kayfers Constantini M. Zeiten, und in vielen folgenden Jahrhunderten keine Fürstenthümer, Graf- und Herrschaften besessen haben, sie auch solche jetzt nicht besitzen, so unrichtig argumentiret man von den Befugnissen der Bauren in uralten Zeiten, auf ihre jetzige Gerechtsame. Denn es ist fast überall durch die Observanz und Landesgesetze aus politischen Ursachen ihr Pachtrecht in ein Erbmeyerrecht verwandelt, mithin fällt die aus dem Alterthum genommene Vermuthung ob fortiorem præsumtionem recentiorem hinweg.

Zwar wollen die Herren Urtelsfasser weder von einer Niedersächsischen Observanz, noch von Hildesheimischen Landesgesetzen etwas wissen, welche den Meyern ein Erbrecht beylegen. Sie vermeynen 3) daß man durch Niedersachsen nur die Braunschweig-Lüneburgische Lande verstehe. Aber dieses ist sehr irrig, weil in allen Obersächsischen und Niedersächsischen Landen denen Colonis gemeiniglich ein Erbrecht zustehet, ausser in Mecklenburg und Holstein, allwo die Bauren, welche Sclavischer Herkunft sind, noch heutiges Tages in der Knechtschaft leben. Auch in Westphalen, einen Theil des alten Sachsen Landes, darf kein Guthsherr seinen Meyer ohne erhebliche Ursache verstossen, wie aus demjenigen erhellet, was meldet von den Paderbornischen Herr B. von CRAMER *Tom. I. Obs.* 129. von den Osnabrückischen Herr von LUDOLF *Tom. II. Obs.* 152. von den Lippischen Herr von LUDOLF *Obs.* 156. und von den Ravensbergischen Herr von LUDOLF *Obs.* 150. auch von Hessen ebenderselbe *d. l. Obs.* 157. Es wäre daher eine insignis exceptio a regula, wenn nur die Hildesheimische Meyer blosse Pächter seyn, und ein geringeres Recht als andere Teutsche Bauren, welche in keiner Knechtschaft leben, haben sollten, daher solches keinesweges zu vermuthen.

Das

Das Gegentheil erweisen aber 4) die Hildesheimische Landesgesetze. Es wird zwar eingewandt, daß die Braunschweigische Salzdalumsche, und Gandersheimische Landtages-Abschiede nach der Restitution des Stifts ihre Kraft verlohren hätten. Daß aber die Stift Hildesheimische Regierung ehemals ganz anders gedacht, ergeben meine *Accessiones ad Commentationem de Jure villicorum Access.* 36. Das Kayserl. Cammergericht verwift auch die Meynung der Heidelbergischen Herrn Rechtsgelehrten, und hat in der Wiesenhaverschen Sache erkandt, daß, vermöge Salzdalumschen Landtag-Abschiedes, die Hildesheimische Coloni bey den Meyerstätten gelassen werden sollen, wenn gleich die Güther erlediget sind (a); und in Sachen Schacht wider von Uslar: „Es verordne der den Wolfenbüttelschen Theil des grössern Stifts Hildesheim verbindende Salzdalumsche Landtags-Abschied, daß die Meyer bey der Meyerstatt zu lassen, wenn gleich die Güther erlediget oder heimgefallen sind, welches Landesgesetz nicht weniger den Lehns Herrn als den Lehnmann verbinde, und ihm keine Abmeyerung, Einziehung oder Verleihung an einen dritten verstatte (d). Dem sey aber wie ihm wolle, so fehlet es doch an solchen den Meyern zu statten kommenden Hildesheimischen Landesgesetzen nicht, deren Verbindlichkeit niemals jemand in Zweifel gezogen hat. Die Herren Urtelsfasser berufen sich dagegen auf die Stift Hildelheimische Policey-Ordnung. Man will ihnen aber mit folgenden Worten eines hocherleuteten Herrn Cammergerichts-Assessoris antworten: „Da die Stände in ihren Gravaminibus vom 26. Mart. 1659. auf eine deutlichere Erklärung antrugen, gab der Churfürst von Cöln und Bischof zu Hildesheim Maximilian Henrich am 17. Dec. 1668. ein Edict dahin, daß alle und jede Ackerleute und Kothsassen bey ihren Gerechtigkeiten, und den ehmaligen beständigen Besitz und Cultivirung ihrer unterhabenden Höfe samt den ihren geschützet werden sollten. In dessen Gefolg haben sowohl die Regierung zu Hildesheim, als die von derselben um Urtheile requirirte Facultäten und Schöpenstühle, die willkührliche Abmeyerung jedesmal sehr misbilliget und aberkandt hingegen die Meyer bey ihrer Meyerstatt und bisherigen Meyerzins gehandhabet. Dieses alles will jetzo die Hildesheimische Geistlichkeit, unter Vorschub der Regierung, über den Haufen werfen, damit die Meyerstätte entweder höher verpachtet, oder durch eigene Verwaltung genutzet werden können„ (c). Die Herren Heidelberger vermeynen 5) daß die Renovatio contractus mit dem Erbmeyerrecht nicht bestehe, weil ich dafür halte, eam probare ex primæva formula contractum villicalem non esse perpetuum, und es soll die Zahlung des Weinkaufs keinen Meyer-Contract zu erkennen geben. Ich habe jedoch bereits oben angemerket, wie daher daß dieser vor einigen hundert Jahren temporarius gewesen,

sen, keinesweges folget, daß er es annoch ist, und in acceſſ. 2. dargethan, Locationem ad certum tempus non arguere coloniam temporariam, wie denn auch der Herr B. von CRAMER in den Wetzlariſchen Nebenſtunden *Part. VI.* wohl bemerket, daß die Bezahlung des Weinkaufs das wahre Merkmahl eines Prædii villici, um ſelbiges von dem ordentlichen Contractu locationis conductionis zu diſtinguiren, ſey. 6) Nehmen die Herren Urtelsfaſſer ein, ihrer Meynung nach, ſehr ſtarkes Argument daher, daß im Meyerbriefe der Villicus ein Pächter genannt wird. Ein ſolcher iſt er auch allerdings, und kein Erbenzinsmann, dem das Dominium utile zuſtehet, jedoch ein Conductor perpetuus, vermöge des Landesgebrauchs und der Geſetze, daher denn der ohnſtreitige Erbmeyer auch in den Braunſchweigiſchen Landesgeſetzen ein Pachtmann genennet wird, wie aus meiner *Commentation de Jure villicorum Cap. II.* §. 3. erhellet.

7) Iſt das a natura bonorum eccleſiaſticorum genommene Argument in meiner *Acceſſ.* 49. §. 5. hinlänglich widerlegt, und weil dawider nicht das mindeſte vorgebracht werden können, ſo wäre es ein Ueberfluß hievon etwas mehr zu ſagen. 8) Halten die Herren Urthelsfaſſer den Leyſerum, welcher das jus Georgicum geſchrieben, für den Autorem der Meditationum ad ff. und wollen daher jenes Buch aus dieſem erklären. Der erſte aber heiſſet Gottfried Chriſtian, und der andere Auguſtinus. Das jus Georgicum iſt Anno 1698. an das Licht getreten, und Auguſtinus Anno 1683. gebohren, wie aus DREYHAUPTS Beſchreibung des Magdeburgiſchen Saalkreyſes *Part. II.* in Beylage *ſub B.* erhellet, der daher im 15ten Jahr kein Stollbergiſcher Rath ſeyn, und Bücher ſchreiben konnte. Es widerſpricht auch LEYSER Spec. 509. Coroll. 4. denen Herren Heidelbergiſchen Rechtsgelehrten, an ſtatt ihrer Meynung beyzupflichten, weil er den Braunſchweig-Lüneburgiſchen, Weſtphäliſchen und Hildesheimiſchen Meyern ein gleiches Recht beygeleget. Daß aber die erſte Erbmeyer ſind, räumen die Herren Urtelsfaſſer ein, und wollen nur behaupten, daß die Hildesheimiſche Meyer mit keinem gleichen Recht verſehen.

Vergebens beruft man ſich 9) auf den Kappel, welcher ausdrücklich will, daß die Meyer nach verſtrichenen Meyerjahren ohne Urſach nicht abgemeyert werden können. Die Herren Urtelsfaſſer ſchränken dieſes auf die Braunſchweig-Lüneburgiſchen Meyer ein. Redet aber Kappel nur von ſelbigen, ſo findet es auch nur auf dieſe ſeine Anwendung, wenn er in den vorhergehenden ſaget, daß die Meyergüther Pachtgüther ſind, welche auf 3. 6. oder mehr Jahre verſchrieben werden, und daß dem Meyer kein mehreres Recht, als einem Miethsmann zuſtehet.

Das

Das Heidelbergiſche Erkänntniß wird 10) dadurch nicht gerechtfertiget, daß ein bloſſer Pächter kein beſſers Recht erlanget, wenn er gleich 1000. Jahr gepachtet hätte, auch daß dem Meyer ein Titulus ad transferendum dominium habilis und bona fides mangelt. Denn der Ablauf einer ſo geraumen Zeit iſt alsdenn nur ohne Wirkung, wenn auſſer Zweifel geſetzet worden, daß dem Inhaber ein bloſſes Pachtrecht verliehen ſey. Dieſes aber kann man gemeiniglich von den Meyerleuten nicht ſagen, welche gröſtentheils ein Erbrecht haben. Sie maſſen ſich aber kein utile dominium an, und lehret SCHILTER *de Jure emponematum* §. 20.: Colonia perpetua per ſe non videtur ſeparatum negotium vel contractus, ſed eſt vel locatio perpetua, vel contractus emphyteuticus, und STRYK U. M. Tit. *de Locatione & conductione* §. 46. Titulum villici magis ad perpetuam coloniam, quam ſimplicem locationem inclinare.

In dem von den Heidelbergiſchen Rechts-Gelehrten entſchiedenen Fall war in den Meyerbriefen verſehen, „daß da es ſich gebe, daß innerhalb neun Jahren die Meyer mit Tode abgingen, ihre Leibeserben die übrige Jahre bey der Pacht gelaſſen werden ſollten, daß ſie auch nachgehends, wenn ſie thun wollten, was andere, bey ſothaner Meyerſtadt mit Wiederholung eines neuen Contracts manuteniret, und vor Fremden geſchützet werden ſollten.„ Hierwider wendet man ein (a), dieſes Verſprechen ſey überflüſſig und lächerlich, wenn den Colonis zu ſelbiger Zeit ein Erbmeyerrecht zuſtanden (b). Erhelle aus den Briefen, daß der Contract alle 9 Jahre erloſchen, und vermöge derſelben ſollten (c) weder des Coloni Erben gezwungen werden den 9jährigen Contract fortzuſetzen, noch der Guthsherr ſie als neue Pächter anzunehmen.

Allein es findet ſich die Clauſul in den wenigſten Hildesheimiſchen Meyerbriefen. Da (a) der Catholiſche Clerus den Verſuch thate, ſeine, beſonders die Evangeliſche Meyer, ohne erhebliche Urſachen zu verſtoſſen, wie aus den Gravaminibus Statuum, und dem Landesherrherrlichen Edict von 1668. erhellet, ſo war es nichts überflüſſiges und lächerliches, daß die Meyer, um ſolche Streitigkeiten zu vermeiden, ſich bedungen, daß ſie nach Ablauf der gewöhnlichen 9 Meyerjahre vor Fremden bey der Meyerſtatt geſchützet werden ſollten. Daß aber (b) alle 9 Jahr eine Erneuerung des Contracts erfordert wurde, geſchahe des Weinkaufs halber, wie ſolche Laſt im Herzogthum Braunſchweig-Wolfenbüttel der Salzdalumſche Landtags-Abſchied den Meyern ausdrücklich auflegt, und dennoch zugleich den Guthsherren die willkührliche Abmeyerung unterſaget, mithin kann beydes gar wohl zuſammen beſtehen.

Wie ist es aber möglich zu behaupten, (c) der Meyerbrief qu. wollte nur, daß man weder des Meyers Erben noch den Guthsherrn zur Continuation des Contracts nöthigen solle, da vielmehr dieser jenem versprochen, wenn er thun wolle, was andere, ihn bey der Meyerstatt zu schützen? Diese Verheissung entziehet dem Guthsherrn die Befugniß nach Willkühr den Contract aufzukündigen.

Wie aber, wenn der Meyer einen das willkührliche Abmeyerungsrecht dem Guthsherrn beylegenden Meyerbrief angenommen hat? Daß dieses mit Wissen und Willen geschehen, ist höchst unglaublich, weil nicht leicht jemand, ohne ein Aequivalent zu empfangen, seinem Erbrecht entsaget. Der Rechten unkündige Bauren sind zu entschuldigen, wenn sie dem Guthsherrn zutrauen, er werde ihnen nichts widerrechtliches anmuthen, und die alten Meyerbriefe zu ihrem grösten Nachtheil gefährlicherweise ändern. In Geschäften, wozu man gemeiniglich keine Rechtsgelehrte ziehet, müssen sie solche keinesweges jedesmal um Rath fragen. Ihnen komt daher die Ignorantia juris zu statten, und die Annehmung eines nachtheiligen Meyerbriefes ist für eine aus Irrthum geschehene Handlung zu halten (d).

(a) Herr B. von CRAMER Opusc. Tom. III.

(b) Eben derselbe in den Wetzlarischen Nebenstunden Part. XXXII.

(c) Eben derselbe *Opusc.* Tom. III.

(d) Meiner Rechtlichen Bedenken I. Theils XLIX. Bedenken.

CXXIX. Bedenken.

Wie fern Rangstreitigkeiten Justitzsachen sind.

Diese Frage entstunde, als ein Doctor juris denen Secretariis höherer Collegiorum, mittelst einer gerichtlichen Klage, den Rang streitig machte. Ihm kam zu statten, daß die Doctores zur Zeit der Päbstlichen und Römischen Rechte Einführung ausnehmende Vorzuge erhalten, weil nur sie deren kündig waren, und man glaubte ihrer Hülfe in den wichtigsten Geschäften benöthiget zu seyn: Deswegen wurden in der ersten gerichtlichen Audienz des Kayserl. Cammergerichts 1495. die Assessores, welche Doctores waren, zur rechten Hand des Cammerrichters, und die Adliche nicht promovirte zur linken gestellet (a). In den Cammergerichts-Ordnungen von 1500. Tit. 1. von 1521. Tit. 1. 4. §. 1. und

von

von 1555. Part. I. Tit. I. §. 3. sind die der Rechten gelehrte und gewürdigte denen von der Ritterschaft vorgesetzet. Dieses geschiehet noch in der Reformation guter Policey von 1548. Tit. XI. XII., obwohl die Ritterschaft nachdrückliche Vorstellung dawider thate, welche zu finden beym LIMNAEO *jur. Publ. Tom. IV. Addit.*

Auch zu neuern Zeiten haben die Doctores ansehnliche Vorrechte behauptet, und die Braunschweig-Lüneburgische Landes-Gesetze bestärken solche 2), massen in Herzog Augusti zu Braunschweig-Wolfenbüttel Edict von den Verlöbnissen von 1446. denen Doctoren und Licentiaten, gleich der Ritterschaft, erlaubet wird, zu denen bey solcher Handlung anzustellenden Gastmahlen 24 fremde Gäste, denen Secretarien aber nur 12. einzuladen (b). In der Cellischen Policey-Ordnung von 1618. *Cap.* 25. §. 6. 7. ist auch die Reformation guter Policey von 1548. bestätiget, welche den Secretarien verbiethet solche Kleider zu tragen, als den Doctoren verstattet wurde. Endlich sind in der Königl. Ober-*Appellations*-Gerichts-Ordnung *Part. II. Tit. I.* §. 2. die Graduirte denen Räthen und vornehmen Bedienten gleich geachtet.

Es will auch 3) BERGER *in Suppl. ad E. D. F. Part. I.* behaupten, wie durch keine Gewohnheit eingeführet werden könne, daß der geringere Stand demjenigen so vornehmer ist, vorgehe, und WERNHER *Tom. III. Part. I. Obs.* 70. hält dafür, Singulos non posse toti ordini circa possessionem vel quasi juris præcedentiæ præjudicare.

Auch sind 4) Streitigkeiten über den Rang vielfältig vor den Gerichten erörtert, und von ihnen entschieden (c), wie vom Kayserl. Reichshofrath in Sachen des Prælaten zu Petershausen wider den Prælaten zu Creuzlingen geschehen (d). Durch Urthel und Recht ist ferner den Doctoren die Præcedenz zuerkannt vor den Superintendenten (e), imgleichen vor den Regierungs-Secretariis (f); Ja sogar den Advocatis ordinariis vor den Actuariis (g).

Diesem allen aber stehet entgegen 1) daß wegen der veränderten Umstände die Doctor-Würde heutiges Tages von ihrem ehmaligen Glanz sehr viel verlohren, nachdem sie ein jeder für Geld erlangen kann, und es mehr nicht graduirte gründlich gelehrte Männer, als graduirte ausser den Universitäten giebet (h). Nichts erweiset mehr den Verlust, welchen die Doctores gethan, als daß selbst auf Academien die Professores sich mit ihrer Würde nicht vergnügen, sondern um einen Raths-Titul ansuchen, dessen selbige nicht bedürften, wenn sie dafür hielten, daß ihnen als Doctoren eine gleiche Würde zustehet. Wie

hätten auch Superintendenten und Secretarii sich können einfallen lassen, denen Graduirten den Rang streitig zu machen, wenn diesen der Rang der Räthe, ja die Præcedenz vor selbigen eingeräumet wäre? Solches ist aber nicht nur geschehen, sondern es haben sogar an einigen Orten die Regierungs-Secretarii obgesieget (i).

Was insonderheit 2) die Braunschweig-Lüneburgische Lande anlanget, so hat von undenklichen Jahren sich kein Doctor in die Gedanken kommen lassen, den Rang zu behaupten, welchen man vor Alters den Graduirten beylegte. Obangeführte Verordnungen, sind von den Zeiten, als die Canzler und mehreste Geheimte Räthe Doctores waren. Es erhellet aus den Lebensgeschichten der Westphälischen Friedens-Gesandten bey MEIERN im Universal-Register, daß die mehreste derselben Doctores und Licentiati gewesen, welche diese ihre academische Würden nicht verhehleten, sondern sich eine Ehre daraus machten. Nach solchen Zeiten hat man aber andere Ideen bekommen, und in dem Braunschweig-Wolfenbüttelschen Lande sogar den Bürgermeister die Doctoren nachgesetzet (k).

Auch ist 3) keinesweges abzusehen, warum in Rangstreitigkeiten die Observanz nicht, gleich in andern Befugnissen, zur Richtschnur dienen, und die Handlungen der Vorfahren einem Doctor zum Nachtheil gereichen sollten, welches mit gutem Grunde behauptet LYNKER Dec. 923. Die dawider obangeführte Rechtslehrer handeln von dem Fall, wenn die mehreste eines Standes ihre Würde behaupten, und nur einer oder der andere sich erniedrigen lässet, wovon hier keine Frage, da seit undenklichen Jahren in den hiesigen Landen sich kein einziger Doctor die Vorrechte angemasset, welche man aus den Reichsgesetzen herleitet, am wenigsten aber selbige von jemanden behauptet worden, und obwohl in der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung, was Criminal-Sachen betrift, die Graduirte denen Räthen und vornehmen Bedienten gleich geachtet sind, so folget doch daher nicht, daß sie mit ihnen einen gleichen Rang haben. Die Privilegia nobilium bestehen nicht nur in honoribus, sondern auch in pœnarum temperamento (l). Dieses letztere Vorrecht hat man denen Graduirten, nicht aber den Rang Fürstlicher Räthe und vornehmer Bediente beygeleget, weil sonst der ältere Doctor dem jüngern Rath vorgehen müste.

Zwar folget hieraus 4) nicht, daß dieser dem Secretario weichen muß, wohl aber daß kein Grund vorhanden, nach welchem die Streitigkeit gerichtlich entschieden werden kann. Der den Doctoren das Wort redende GLAFEY im

Recht

Recht der Vernunft *Lib. III. Cap.* 2. §. 94. gestehet, daß sich ihr Rang gegen Hof- und Kriegs-Bediente aus der Vernunft nicht bestimmen lässet. Es muß also in einem Staat vom Gesetzgeber, oder durch Verträge der Unterthanen geschehen (m). In Churfürst Ernst Augusts Rangordnung geschiehet so wenig der Doctoren, als der Secretarien Meldung, und die Calenbergische Landesgesetze enthalten nichts ein oder dem andern Theile vorträgliches. Nach der Observanz weichen zwar die Graduirte denen Räthen. Ob dieselbe aber denen Secretariis der höhern Collegiorum nach oder vorgehen, ergiebet das Herkommen nicht, und muß also vom Gesetzgeber bestimmet werden. Es schreibet mit gutem Grunde GLAFEY *d. l.* §. 53.: „Bey den Bedienungen komt es mit dem Vorzug vornehmlich darauf an, wie nöthig die Charge, so einer bedienet, dem gemeinen Wesen ist, und was die Republique von seinem Dienst vor Nutzen hat, worinnen zwar eine so gar genaue Proportion, nach welcher man die Bedienung alsofort in ihre gebührende Ordnung rangiren könnte, nicht ausfündig zu machen, sondern die Determination billig dem Regenten zu überlassen ist.„ Gleiche Bewandniß hat es nun mit der Proportion zwischen den Secretarien höherer Collegiorum und den advocirenden Doctoren, massen jene dem gemeinen Wesen vielfältig mehren Vortheil schaffen, als diese, solches jedoch von allen nicht gesaget werden kann, und bey den Advocaten nicht nur die Geschicklichkeit in Betrachtung zu ziehen, sondern auch mit welcher Redlichkeit sie ihr Amt verrichten.

(a) Herrn Cammergerichts-Assessoris von HARPPRECHT Staats-*Archiv* des Kayserl. Cammer-Gerichts Part. II. Meiner Nebenstunden III. Theils XIV. Abhandlung §. 15.

(b) Wolfenbüttelsche Hofgerichts-Ordnung in den Beylagen.

(c) BERGER *in Suppl.* ad E. D. F. Part. II.

(d) FABRI Staats-Canzley Part. 23.

(e) BERGER *d. l.*

(f) Herr ESTORS Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen Part. I. §. 333.

(g) WERNHER Tom. I. Part. III. Obs. 175.

(h) TITIUS *Jur. priv.* Lib. X. Cap. 2. §. 26. 27. LUDOLF *in Colloquiis de statu cameralis judicii.* GUNDLING im *Discours* über *Cocceji juris publici prudentiam.* LEYSER Spec. 664. Med. 6. CRAMER *de jure nobilitatis avitæ.*

(i) GUNDLING *d. l.*

(k) LEYSER Spec. 2. Med. 6.

(l) CRAMER *d. l.*

(m) PUFENDORF *de Officio hominis & civis* Lib. II. Cap. 14. §. 14. COCCEJUS *de Præcedentia* th. 29. KEMMERICH *Elem. jur. nat.* Cap. 14. §. 16. num. 53. 54.

CXXX. Bedenken.

Ob Länderey, die geraume Zeit bey einem Hofe gewesen, und von welcher der Spanndienst geleistet worden, von selbigem untrennbar ist?

Der Gogrefe Berkelmann, welcher ein dem Closter Wennigsen zustehendes Meyergut in Lemje Amts Calenberg besitzet, nahm 12 Morgen contribuables und dienstpflichtiges Redisches Land in Anspruch, weil die ehemalige Besitzer seines Hofes es sehr geraume Zeit in der Cultur gehabt, und in deren Ermangelung von seinem Hofe der ehemals geleistete Spanndienst nicht erfolgen konnte.

Nun verbiethet zwar im Fürstenthum Calenberg kein Gesetz ausdrücklich einen Meyerhof zu trennen, und Pertinenzien davon zu nehmen. Die Natur der Sache ergiebet aber, daß wenn ein solcher Hof mit Spanndiensten beschweret ist, welche zu leisten es unmöglich, dafern so wenig Land dabey verbleibet, daß auf selbigem keine Pferde erhalten werden können, alsdenn der Dienstherr einer solchen Trennung zu widersprechen Ursach hat (a). Es wurde aber durch Zeugen erwiesen, daß ehmals die Besitzer des Berkelmannischen Hofes, die Dienste, gleich einem Halbmeyer, thun müssen, welches nicht geschehen mag, wenn das Land qu. davon getrennet bleibet.

Allein diese Exceptio ist de jure tertii, und kann nur vom Dienstherrn, nicht aber von dem Besitzer des Hofes, über eine solche Schmälerung des Dienstes Beschwerde geführet werden, welches von jenen nimmer geschehen. Er konnte es auch in gegenwärtigem Fall mit keinem Schein Rechtens thun, weil ihm die Exceptio tua non interest entgegen stunde. Denn besage der Zeugen Deposition war das Land qu. bey eine andere Höfelings-Stelle gelegel, deren Besitzer Halbmeyers-Dienste verrichtete, welches er und seine Vorfahren vorhin nicht gethan, daher die Veränderung dem Amt Calenberg, als Dienstherrn,

ganz unschädlich war. Gesetzt aber auch, es wäre dadurch der Dienst in etwas geschmälert, so hätte man doch solches geschehen lassen müssen. Denn dieser bestunde allein in Riegeführen, und vermöge Resolutionis Königl. Regierung vom 14ten Nov. 1749. sind diejenige Unterthanen, welche keine Pferde halten, von dieser Last befreyet, und leisten keine Kriegerfuhren (b). Wenn also der künftige Redische Meyer oder Pächter nicht so viel Länderey in der Cultur hat, daß er darauf Pferde halten muß, so darf er keine Riegeführen leisten, obwohl den übrigen Dienstpflichtigen, mithin dem gemeinen Wesen einiger Schade daraus erwächset, welches so wenig behindert werden kann, als daß, anstatt eines viel verzehrenden Mannes, ein Haus jemand zu Theil wird, der kärglich lebet, obwohl die Licentcasse darunter leidet (c). Es wurde daher 1767. erkandt: Weilen daß die Länderey qu. des Imploranten Hofe eine geraume Zeit beygeleget gewesen, keinesweges erweiset, daß sie davon nicht getrennet werden können, sondern solches mit Recht, auch ohne den mindesten Nachtheil des Publici, geschehen, als Johann Harm Rehre durch seine üble Wirthschaft in Verfall gerathen, so ist Implorat von angestellter Klage zu entbinden, wie wir also entbinden, und die Proceßkosten vergleichen.

(a) Meine *Commentation de jure Villicorum* Cap. III. §. XI.

(b) Herr von PUFENDORF Part. III. Obs. 190.

(c) Meine *Commentation de jure Villicorum d. l.*

CXXXI. Bedenken.

Ob die eheliche Geburt im Zweifel zu vermuthen?

§. I.

Titia eine adeliche Wittwe besuchte ihre Schwester im Kloster. Sie wurde daselbst krank, und man vermuthete ihre Schwangerschaft, welche sie jedoch leugnete, aber durch die Niederkunft mit einem Sohne deren überführet wurde. Zwey Tage nachher fande sich Titius ein Königl. Rath daselbst ein, und zeigte dem Amt an, daß Titia seine Ehefrau sey, welche er sich vor Jahren heimlich antrauen lassen, weil ihm sein Vater den Consens versaget, und bedrohet habe, dafern er diese Heyrath vollzöge, seinen Erbtheil einem Waysenhause zu vermachen. Als die Sache vom Amt einem höhern Collegio berichtet wurde, wiese solches den Amtmann des Orts an, bey der Untersuchung an seinem Fleiß

und Droiture nichts ermangeln zu lassen, demnächst aber die Acten einzusenden. Ob solches geschehen, erhellet bisher nicht. Inzwischen hatten Titius und Titia verschiedene Jahre als Eheleute mit einander gelebet, den Sohn Mevius, wie ihr ehliches Kind, erzogen, und nach der Mutter Tode bewirkte der Vater, daß er als Page an einem Königl. Hofe in Dienst genommen, auch nachmals Officier wurde. Als aber im Jahr 1755. der Sohn dem Vater in Briefen empfindliche Vorwürfe wegen seines Haushalts machte, wurde dieser wider ihn äusserst aufgebracht, und schriebe demselben unterm 7ten Nov. 1755. daß er ein Hurkind, und Titius mit seiner Mutter nimmer getrauet sey.

Mevius wandte sich darauf an den Richter, und erhielte Manutenenz in Possessione filiationis. Er versöhnte sich auch demnächst mit dem Vater, welcher ihn für seinen Erben in feudo & allodio erklärte, und die Güther noch bey seinen Lebzeiten übergab. Nach dessen Tode stelleten aber die Agnaten eine Klage wider Mevium an, und begehrten, daß selbiger zu recht beständig erweisen solle, wie in Absicht auf die Lehnfolge seine Mutter vor seiner Geburt, oder in Rücksicht auf den Allodial-Nachlaß nachher dem Titio durch priesterliche Copulation angetrauet worden. In Entstehung aber eines oder des andern Beweises verlangten dieselbe, daß man sie in den Besitz der sämtlichen Lehne und des Allodii immittiren, auch Imploraten den Gebrauch der jurium & insignium familiæ untersagen mögte.

§. II.

Nun halten 1) einige Rechtslehrer dafür, daß nach den Römischen Rechten nimmer eine Ehe zu vermuthen, sondern allemahl von demjenigen zu erweisen sey, der seine eheliche Geburt behaupten will (a), und diese Meynung scheinet die Nov. 74. Cap. 5. zu bestärken, welche verordnet: Si mulier ostendere potuerit modis legitimis, quia secundum hanc figuram vir eam acceperit domi, ut eam uxorem legitimam haberet, & filiorum legitimorum matrem, nequaquam penitus licentia est ei, hanc de domo præter ordinem legis expellere sed habere eam legitimam uxorem, & filios suos esse ei. Insonderheit aber erfordert ein Conjugium legitimum Personarum illustrium dotalia instrumenta (b); an deren Stelle heutiges Tages die Priesterliche Trauung tritt (c). Es mögen jedoch die Verordnungen des Römischen Rechts lauten wie sie wollen, so wird gleichwohl nach den Päbstlichen bey uns in Ehesachen geltenden Rechten keinesweges jedesmahl dafür gehalten, daß zwey Personen, welche als Eheleute mit einander leben, solche würklich sind (d). Noch erweiset es die eheliche Geburt, daß jemand von einem andern sein Sohn genennet worden (e). 2)

2) Kann ein Beſitzer alsdenn ſeinem Gegner den Beweis nicht zuwelzen, wenn für dieſen eine beſondere Vermuthung ſtreitet, und von jenem ein Recht behauptet werden will, welches ſine titulo nicht zu erlangen ſtehet (f). Ein ſolches iſt nun das Recht der ehelichen Geburt. Denn in Eheſachen findet nur ein Poſſeſſorium mixtum Platz (g), und auch ein Poſſeſſor hereditatis muß Titulum ediren (h), mithin Mevius darthun, daß er im Ehebette erzeuget worden (i), bevorab da ihm 3) nicht nur ſeines Vaters Angabe, ſondern auch 4) verſchiedene wichtige Vermuthungen entgegen ſtehen.

(a) HAHN *ad Weſenbec Tit. de Ritu nuptiarum* num. II. *Verb. deinde alia videntur vera.*

(b) Nov. 117. Cap. 4. RITTERSHUSIUS *ad Novellas* Part. IV. Cap. I. num. 15.

(c) SONNEMANN ad Nov. 117. Cap. 3. num. 3.

(d) MENOCH *de Præſumtionibus* Lib. III. præſ. I. num. 46.

(e) HERTIUS *de Matrimonio putativo* §. 4.

(f) Meine *Vindiciæ juris venandi nobilitatis Germanicæ* Cap. 2. §. 5.

(g) STRYK *de Neceſſitate edendi titulum poſſeſſionis* Cap. 2. num. 41.

(h) STRYK *d. l.* num. 3. WERNHER *de Poſſeſſione hereditatis ſine bona fide & juſto titulo invalida* §. 21. ſequ.

(i) TUSCHUS Lit. F. Conc. 347. num. 46. 76. MASCARD *de Probationibus* Concl. 787. n. 3. 4.

§. III.

Wider dieſes alles kommt dem Mevio zu ſtatten, 1) daß nach den Römiſchen Rechten eine gültige Ehe überall keine Solennitäten erfordert. Sie konnte nicht nur per confarreationem & coemtionem, ſondern auch ſolo uſu, annoch zu des Kayſers Juſtiniani Zeiten, vollzogen werden, ſo daß es öfters ſchwer fiele, die Ehefrauen von den Kebsweibern zu unterſcheiden (a). Deswegen heiſſet es in dem L. 9. Cod. de Nuptiis: Si vicinis vel aliis ſcientibus uxorem liberorum procreandorum cauſa domi habuiſti, & ex eo matrimonio filia ſuſcepta eſt, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ ſunt, non ideo minus veritas matrimonii aut ſuſceptæ filiæ ſuam habet poteſtatem. Dieſem widerſpricht die obangeführte Nov. 75. Cap. 5. keinesweges,

wenn

wenn ſie erfordert, ut fœmina legitimis modis oſtendat, virum eam accepiſſe in uxorem legitimam. Denn ſolches kann geſchehen ohne den Beweis einiger Solennität.

Zwar leidet die Regul ihren Abfall bey den Heyrathen der Illuſtrium, deren Affectio maritalis zur Vollziehung der Ehe nicht hinreichte propter dignitatis excellentiam, ſondern es würde eine feyerliche Erklärung per dotalia inſtrumenta erfordert. Aber durch Illuſtres werden nur die gröſten Staats-Miniſter verſtanden (b). Ein ſolcher war Titius keinesweges. Auch hindert nichts, daß vermöge der Nov. 117. Cap. 4. allen und jeden befohlen worden, die zu vollziehende Ehen, den Defenſoribus eccleſiæ und Clericis anzuzeigen, da Juſtinianus dieſes Geſetz nach der Zeit aufgehoben, und wie BOEHMER *de Jure principum proteſtantium circa Solennia matrimonii eccleſiaſtica* §. 17. bemerket, verordnet hat, ut reliqui omnes, præter eos, qui maximis dignitatibus condecorati erant, poſſint citra inſtrumenta ex ſolo affectu uxores ducere.

Man möchte glauben, da die Eheſachen vielmehr nach den Päbſtlichen, als Römiſchen Rechten zu entſcheiden, ſo ſey es eine überflüſſige Unterſuchung, was die leztere hierunter verordnen. Aber ſie iſt es keinesweges. Das Jus Canonicum erfordert allerdings die Prieſterliche Trauung, wovon man bey den Römern nichts wuſte. Es beſtimmet jedoch nicht, wie fern deren Mangel den Kindern ſchädlich iſt, und die Vermuthung einer ehelichen Geburt aufhebet. Die durch ſelbige geſchehene Aenderung der Römiſchen Rechte, iſt ſtricte zu erklären, und vielmehr eine Ehe, als ein verbothener Beyſchlaf zu vermuthen. Dieſes erhellet aus dem Cap. 10. X. de Probationibus, welches alſo lautet: Quia mulier ſuum filium publice recognovit, & filius ejus nominatus communiter fuit, & habitus ab ambobus, ejusdem mulieris poſtmodum juramento in contrarium præſtito non eſt ſtandum, cum nimis indignum ſit, ut quod ſua quisque voce dilucide proteſtatus eſt, in eundem caſum proprio valeat teſtimonio infirmare; Daher ſonder Zweifel die Ehe durch Vermuthungen dargethan werden kann (c).

Dieſer Textus erweiſet 2) daß ein beſchworner Wiederruf des Geſtändniſſes der Eltern von ihrer Kinder ehelichen Geburt nichts würket. Hievon ſchreibet MASCARD de Probationibus Concl. 790. num. 2.: Si mater & maritus etiam cum juramento negarent, eſſe filium ſuum, tunc nihilominus præſumeretur filius, firmo manente illo tractatu. Nam ſicut confeſſio filiationis non poteſt revocari in præjudicium filii, multo minus tractatus, quia eſt fortior ſimplici nominatione; und BOEHMER J. E. P. Lib. 4. Tit. 17. §. 40.: Si parentes cohabitarunt,

runt, ut conjuges, partumque semel agnoverunt, atque tanquam filium tractarunt, ita ut communiter pro filio sit habitus, matri postea non creditur afferenti, eum ex alio natum fuisse.

Zwar stehen 3) dem Mevio einige Vermuthungen entgegen. Es hatte nemlich a) die Mutter ihre Schwangerschaft verhehlet, b) nach der Niederkunft nicht vorgeschützet, daß sie eine Ehefrau sey und c) das Amt der Brüche halber einen Arrest auf das Ihrige verhänget, ihre Schwester die Kloster-Fräulein, dawider nichts eingewandt, sondern vielmehr versichert, sie wolle von der Kindbetterin Güthern nichts ehe fahren lassen, es sey denn das Amt der Brüche halber befriediget, auch selbst mit ihren Kloster-Revenüen und übrigen Güthern dafür haften, und allenfalls ex propriis bezahlen. Wie denn auch d) Titius nicht anzeigen wollen, an welchem Ort er copuliret sey, und gebethen, daß man den Vorgang keinem höhern Collegio berichten möchte. Allein es wurde hierauf nicht ohne Wahrscheinlichkeit geantwortet a) daß des Mevii Mutter ihre so nahe Entbindung nicht vermuthet habe, weil sie sonst um solche zu verbergen, keinen üblern Ort, als das Kloster erwählen können, sondern sich vielmehr in eine entfernte Stadt oder Dorf begeben sollen, allwo sie niemand kannte.

Daß auch b) nach der Geburth die Heyrath mit Titio selbst der Schwester verhehlet worden, ist nicht zu bewundern, da man Ursach hatte, sie auf das äusserste zu verbergen, weil sie wider des Titii Vaters scharfes Verboth geschehen, der ihn bedrohete, seinen Erbtheil einem Waysenhause zu vermachen, wenn er wider seinen Willen heirathete.

Die Sache war auch (c) dergestalt beschaffen, daß Titius Ursach hatte, sie seinen Obern zu verbergen, wenn er gleich vermögend gewesen, den Trauschein sofort beyzubringen.

Hingegen streiten auch starke Vermuthungen für den Mevium. Denn 1) sollte vermöge Befehls eines höhern Collegii der Amtmann bey Untersuchung dieser Sache an seinem Fleiß und Droiture nichts ermangeln lassen, und demnächst die Acta einsenden. Dieses ist entweder geschehen, oder nicht. Si prius, so muß das nachher Verhandelte die Sache in völliges Licht setzen, und es ist zu bewundern, warum solches der Klage nicht beygefüget worden. Si posterius, so hat der Amtmann sich nicht getrauet, die Brüche zu behaupten, und dadurch würde die für Mevium streitende Vermuthung ungemein bestärket.

b) Stehet nicht zu begreifen, warum Titius und Titia 5 bis 6 Jahr in der Ehe gelebet, ohne sich trauen zu lassen. Es konnte ohnmöglich in der Absicht geschehen, nach Willkühr wieder von einander zu gehen, da Titius an Eides statt versprochen haben will, den Mangel der Trauung niemand zu offenbaren, welche Worte einen Eid enthalten (e). Unter einem andern Vorwand konnten aber diese Leute sich nicht trennen. Sie haben vielleicht mehrere Kinder als den Mevium gezeuget, oder wenigstens war zu vermuthen, daß solche erfolgen würden. Wie ganz unnatürlich ist es aber, wenn sie durch Unterlassung einer Formalität, solche alle in die Gefahr setzen wollen, als Hurkinder von ihrer Erbschaft ausgeschlossen zu werden, und in die betrübteste Umstände zu gerathen.

(a) HUBER Dignes. XIII. Lib. I. Cap. XI. §. 5. Cap. XII. THOMASIUS *de Usu practico doctrinæ Inst. de nuptiis* §. 9. HEINECCIUS *ad ff. Tit. de Ritu nuptiarum* §. 175. GRUPEN *de Uxore Romana* Cap. 3. §. I.

(b) GOTHOFREDUS *ad Codicem Theodosianum* Tom. III. PEREZ *ad C. ad Dignitatibus* num. 4. BECMANN *Syntagm. dignitatum* Part. II. Diss. 10. Cap. I. §. II.

(c) MENOCH *de Præsumtionibus* Lib. III. Præs. I. num. 46. 71. BOEHMER *J. E. P.* Lib. IV. Tit. 17. §. 40. LEYSER Spec. 585. Med. 23. 24. SAHME *de Matrimonio legitimo absque benedictione sacerdotali* §. 16.

(d) MEVIUS Part. III. Dec. 270. STRYK *U. M. ff. Tit. de jurejurando* §. 14.

§. IV.

Endlich gehet die gemeinere Meynung der Rechtsgelehrten dahin, daß ein von Verlobten erzeugtes, und vor der priesterlichen Trauung gebohrnes Kind, für ehlich zu achten, weil, nach dem Päbstlichen Recht, durch die Copulam carnalem sponsalia de futuro in ein Matrimonium verwandelt werden, und die Benedictio sacerdotalis zum Wesen der Ehe nicht erfordert wird (a). Insonderheit bestärket dieses LEYSER Spec. 298. Med. 4. also: Liberi ex sponsalibus nati legitimi sunt, & non solum in allodio verum etiam in feudis succedunt, quia benedictio sacerdotalis desideratur pro forma conjugii, non autem legitimæ nativitatis. Dem beypflichten Herr B. von SENKENBERG Jur. feud. §. 306. und Herr B. von CRAMER Tom. II. Obs. 515. §. 5. Diese Lehre hat in Sachsen Decis. 19. gesetzliche Kraft erhalten, vermöge welcher die vor der Trauung erzeugte

zeugte als ehrlich und rechte Erben auf begebende Fälle zugelassen, die Eltern aber nichts destoweniger wegen ihrer Begünstigung nach Inhalt der Ehe- und Kirchen-Ordnung bestrafet werden sollen. Die Sache war aber nach den Sächsischen Rechten zu beurtheilen, da Titius eines Sächsischen Landsassen Sohn ist, welcher seiner Angabe nach sich verlobet hatte, bevor er in andere Dienste getreten. Solchenfalls hätte man den Mevium schlechterdings absolviren, und seinen Gegnern nicht einmahl einen bessern Beweis vorbehalten müssen. Die angeführte Lehre scheinet jedoch nur alsdenn Grund zu haben, wenn wegen des Bräutigams Todes oder Untreue die Ehe unvollzogen geblieben. Dahier war es allenfalls mit der Braut Genehmhaltung geschehen, und sie sowohl, als Titius, daran Schuld, daß von ihnen den Kirchengesetzen zuwider gehandelt worden. Es redet auch die Sächsische Decision von öffentlichen Verlobungen, und will: „Daß wenn heimliche Versprechungen und Verlobnissen, welche bey denen, so sich annoch in väterlicher Gewalt befinden, an ihnen selbst unbillig und unkräftig, bey den andern aber gleichfalls ganz ärgerlichen und unzuläßlichen seyn vorgegangen, und nach denenselben, jedoch ehe sie öffentlich wiederholet, oder die priesterliche Copulation erfolget, Kinder erzeuget werden, sollen dieselbe Kraft dieser unserer Decision vor ehrliche Kinder nicht gehalten, noch zur väterlichen Erbschaft admittiret werden.„ Solchemnach ist erkandt: Weilen Mevii Eltern dessen eheliche Geburt mit Worten und Werken erkannt haben, und das Gegentheil aus denen die Entscheidung der erregten Frage nicht enthaltenden N. Acten keinesweges erhellet, noch Titius sein Geständniß, ohne hinlänglichen Beweis, widerrufen mögen, auch bey solchem Widerruf nicht einmal beharret ist, so sind Imploranten den Grund ihrer Klage binnen 4 Wochen, als einer dazu anberahmten Præjudicial-Frist, besser als geschehen zu erweisen schuldig.

(a) STRUV *S. J. F.* c. 9. §. 3. n. 13. STRYK *de Successione ab intestato* Diss. 1. c. 2. §. 49. MANZEL *de Rationibus decidendi a benedictione sacerdotali petitis* S. 2. §. 6. EISENHART *de Nato ex sponsa* §. 9. 10. 11. 12. 13.

CXXXII. Bedenken.

Von der Behandlung des Weinkaufs eines Guthsherrn mit seinen Meyern.

Ein Hollischer Meyer Namens Schlette klagte darüber, daß ihm ein ungewöhnlich hoher Weinkauf von 10. Rthl. abgenöthiget worden, obgleich die von ihm zu entrichtende Meyerzinse nur in 3 Mltr. Rocken und 2 Mltr. Gersten bestunden, auch daß solcher Weinkauf nicht nur gefordert werde, wenn der Meyer, sondern auch wenn der Guthsherr abgehet.

Ihm kam zu statten, daß zwar die Bestimmung des Weinkaufs davon abhänget, wie sich der Guthsherr und der Meyer darüber vergleichen; Wenn aber diese nicht einig werden können, so muß der Richter den Streit schlichten, und bestimmen, was der Meyer zu bezahlen hat, welches nicht anders als dem Herkommen gemäs geschehen kann. Nun bezeugte der Senior des Stifts Cosmæ und Damiani zu Wunstorf, welches in der Gegend viele Meyergüther hat, „daß wenn von selbigem ganze Höfe vermeyert werden, der Weinkauf von jedem Malter harter Früchte, als Rocken und Gerste, mit einem Thaler, von denjenigen aber, welche einzelne Morgen zu Meyerrecht cultiviren, von jedem Morgen, wenn der neue Guthsmann ein Sohn des abgehenden ist, 12. gr., sonsten aber ein Thaler entrichtet werde.„ Der Kläger gestunde zwar, daß er Anno 1758. ohne Widerspruch 10 Thlr. Weinkauf bezahlet habe. Es schadet aber keinem Guthsherrn, wenn er einsmal einen gar geringen Weinkauf angenommen, wie also das Königl. Hofgericht 1728. in meiner Sache wider Hüllersen deswegen erkandt hat, „weil der Weinkauf regulariter nach dem Zustand der Meyergüther landüblich behandelt zu werden pflege, und dem Guthsherrn nicht præjudiciren möge, wenn gleich solcher zuweilen gar geringe von dem Colono bezahlet worden (a).„ Hieraus scheinet zu folgen, daß auch der Meyer, durch die einsmahlige Entrichtung eines ungewöhnlich hohen Weinkaufs, sich nicht verbindlich mache, solchen in allen künftigen Fällen zu entrichten.

Allein 1) hänget die Bestimmung sowohl des Weinkaufs, als des Meyerzinses von dem Contract ab, welcher zwischen dem Guthsherrn und seinem Meyer zu der Zeit errichtet gewesen, als der Landesherr aus politischen Ursachen die Steigerung der Abgiften und Dienste des Meyers untersaget hat. Wenn vor solcher Zeit, der Beschaffenheit des Ackers oder anderer Umstände halber, es an Pächtern fehlte, oder nicht fehlete, wenn der Guthsherr genau oder gü-

tig

tig war, so bedunge er sich einen hohen oder geringen Zins. Im Fürstenthum Calenberg entrichten die mehreste Meyer 2 Hbt. vom Morgen. Manche geben aber auch weniger, und einige mehr. Gleiche Bewandniß hat es mit dem Weinkauf, der sonder Zweifel erhöhet ist, wenn der Guthsherr ein genauer Hauswirth war, und die Wahl hatte, von mehreren das Guth begehrenden einen Meyer zu wählen. Kann man sich heutiges Tages über die Bestimmung des Weinkaufs nicht vereinigen, so kömt es allerdings auf die richterliche Entscheidung an, und diese muß dem Herkommen gemäß geschehen, nicht aber dergestalt, wie es an den mehresten Orten üblich, sondern wie es bey jedem Meyerguth, und bey jeder Familie hergebracht, massen die Observantia specialis der generali allemahl vorgehet (b). Gleichwie ein Meyer keine Minderung des Zinses begehren kann, weil seine Nachbaren weniger als er entrichten, so mag auch der geringere Weinkauf, den viele Guthsherren annehmen, niemand verbinden, sich damit zu befriedigen, wenn er einen höhern hergebracht hat. Daß ein grosser Unterschied sey, ob der Guthsherr in gewissen Fällen etwas nachlässet, und sich mit einem geringern Weinkauf vergnüget, oder ob der Meyer einen ungewöhnlich hohen entrichtet, fällt in die Augen. Der Nachlaß geschiehet gemeiniglich, um den Bauren im Stande zu erhalten, woran seinem Guthsherrn viel gelegen ist. Was konnte aber wohl den Sohn eines Meyers, dem der Hof nicht genommen, noch die Abgiften erhöhet werden können, bewegen, einen ungewöhnlich hohen Weinkauf zu erlegen, wenn er nicht hergebracht wäre, da von ihm weder eine Schenkung, noch eine mehrmalige Solutio indebiti zu vermuthen?

Die zweyte Frage anlangend: Ob nemlich der Meyer auch nach Abgang des Guthsherrn den Weinkauf entrichten müsse? so schiene solches 1) ein beygebrachter Meyerbrief von 1613. zu erfordern, als vermöge dessen der Hof zu beweinkaufen, wenn sich der Todesfall mit dem Guthsherrn begebe oder zutrüge. Es wollte ferner 2) mit dem Hollischen Hausbuch erwiesen werden, daß des Käufers Vorfahren, auch andere Hollische Meyer, den Weinkauf qu. entrichtet hätten.

Allein 1) befande sich der Original-Meyerbrief von 1613. in des Guthsherren Händen, weswegen es zweifelhaft war, ob ihn der Meyer angenommen. Das Hausbuch konnte auch 2) zum Beweis nicht hinreichen, da eine Annotatio fisci mithin beeidigter Bedienten, einem dritten unschädlich ist.

Weil dennoch aber der von Adel Hausbücher, wenn Adminicula sie bestärken, insonderheit wenn aus denen von mehreren Personen geführten Rech-

nungen erhellet, daß eine Zahlung mehrmalen geschehen, sofern Glauben verdienen, daß der Producent zum Erfüllungs-Eyde gelassen werden kann (c), und wenn sich ergeben sollte, daß andere Hollische Meyer nach des Guthsherrn Tode den Weinkauf bezahlen, keinesweges zu vermuthen stehet, daß es vom Kläger aus Irrthum geschehen, so ist von Königl. Hannöverscher Justitz Canzley am 28sten April 1767. erkandt: Würde Implorat nicht nur sein Hausbuch anderweit gerichtlich produciren, sondern überdem mit Heberegistern oder andern Urkunden darthun, daß des Imploranten Vorfahren 10. Rthlr. Weinkauf entrichtet haben, auch daß solches nicht nur nach des Meyers, sondern auch nach des Guthsherrn Abgang geschehen, und von andern Hollischen Meyern geschiehet, so ergehet alsdenn ferner was Rechtens.

(a) Meine *Commentation de Jure villicorum* Cap. 8. §. 17.

(b) HARPPRECHT *Vol. nov.* Cons. 4. num. 506. KRESS *de Jure Hagenstoltziatus* Cap. 6. §. 3.

(c) HERTIUS Vol. II. Dec. 477. BOEHMER Tom. II. Dec. 486. num. 8. 9. LEYSER Spec. 665. Med. 59.

CXXXIII. Bedenken.

Vom Beweis des Näher-Rechts.

Ich habe in meiner Nebenstunden *V.* Theils *XXXII.* Abhandlung §. 23. 24. 28. angemerket, wie das Näher-Recht der Anverwandten ehemals überall in Teutschland eingeführet, auch nach der Reception des Römischen Reichs an den mehresten Orten beybehalten worden. Der Herr B. von SENCKENBERG *in Præf. Corporis juris Germanici publici & privati* pflichtet meiner Meynung bey, und hält dafür, daß solcher allgemeine Gebrauch per inductionem dargethan worden, welchen Beweis auch Herr WALCH in seinem Näher-Recht durch alle Reichs-Krayse aus den Landesgesetzen geführet hat. Reichte aber auch dieses nicht hin, eine Vermuthung des eingeführten Näher-Rechts zu würken, so ist jedoch widerrechtlich, den Beweis zu fordern, daß in jedem besondern Amt, ja in jeder besondern Stadt oder Dorf das Näher-Recht hergebracht ist. Denn wenn der Landesherr den Gebrauch eines Rechts an vielen Orten erlaubet, mithin solches billig und gemeinnützlich zu seyn findet, so ist nicht zu vermuthen, daß er ihn an andern Orten desselben Landes misbilliget, wie der gelehrte C. J. C. ENGELBRECHT *de Genuinis decisionum fontibus*

in

in terris Brunſuico-Luneburgicis alſo wohl bemerket: Sufficit generaliter probaſſe conſuetudinem in provincia aliqua contra legem ſcriptam receptam eſſe, licet non doceantur actus conſuetudinis in illo loco, ubi controverſia ventilatur, geſti. Si enim princeps legem aliquam in univerſo territorio non obſervari patiatur, exiſtimari nequit, eundem illius obſervantiam in uno ſolo loco, ubi hactenus occaſio communem conſuetudinem imitandi non extitit, tam rigoroſe exigere. Es hat auch das Königl. Ober-Appellations-Gericht beym Herrn von PUFENDORF Tom. I. Obſ. 133. §. 9., meines Ermeſſens, dieſer Lehre gemäß erkandt, da es in Sachen von Schwan wider von Hasberg, das Guth Landesbergen betreffend, zwar vorausſetzte, daß das Näher-Recht in der Grafſchaft Hoya der beygebrachten Erkänntniſſe halber hergebracht ſey, in beſagtem Fall aber es keine Statt finden ließ, weil unerwieſen, daß bona non avita demſelben unterworfen, auch der gewöhnliche Terminus eines Jahres und Tages längſt abgelaufen war. Die Præjudicia, worauf ſich dieſer Spruch gründet, handelten jedoch von keinen im Amt Stolzenau, worin das Guth Landesbergen lieget, ſondern in der Stadt Nienburg, den Flecken Hoya und den Aemtern Nienburg und Hoya befindlichen Güthern.

Zwar iſt unter den Bauren der Gebrauch des Näher-Rechts ſelten, weil ſie gröſtentheils Meyergüther beſitzen, welche ohne guthsherrliche Genehmigung nicht, und alſo ſelten veräuſſert werden. Die bey Königl. Hannöverſcher Juſtiz-Canzley vorhandene Urtel-Bücher von 1734. und den folgenden Jahren (denn die ältern ſind 1741, als das Canzley-Gebäude abbrannte, verlohren gegangen) ergeben jedoch, wie in denen unter ihrem Gerichtzwang ſtehenden Fürſtenthümern Calenberg und Grubenhagen auch auf dem Lande das Näher-Recht vielfältig geübet iſt.

Am 19ten Februar 1734. wurde von dieſem Dicaſterio in Sachen Brauer wider Raven erkandt: „Daß Klägere, daß das Näher-Recht in den Aemtern Rotenkirchen und Salzderhelden auch inter collaterales beſtändig hergebracht und in Uebung ſey, zu erweiſen ſchuldig„ Niemand zweifelte daher an der Reception dieſes Rechts, ſondern man ſtritte nur darüber, wie weit es ſich erſtrecke, und ob ſolches auch den Collateralibus zuſtehe. Dieſes thate der Kläger dar, und deswegen wurde am 10ten May 1738. für ihn alſo geſprochen: „Daß Klägere erwieſen, wie in den Aemtern Salzderhelden und Rotenkirchen das Näher-Recht inter collaterales üblich ſey.„

In Sachen Chriſtoph Winterberg zu Groſſenmuntzel und deſſen Curatoris Hans Heinrich Hofmanns Klägers wider den Vogt Chriſtoph Heinrich Winkler

ler Beklagten, erkandte das Amt Blumenau am 22ten Sept. 1744: „Weil die Kötherey in Ansehung des Klägers ein Großväterliches Guth, und da dessen leibliche Schwester nebst ihrem Ehemann Cord Heinrich Teyler dieselbe bisher besessen, noch nicht aus der Familie gekommen ist, so ist Kläger, bey dessen geschehenen Verkauf, des Näher-Rechts sich zu gebrauchen wohl befugt, wann zuförderst dessen Curator Hans Heinrich Hofmann eydlich wird erhalten haben, daß er solches nicht zum Schein, und daß Cord Heinrich Teyler und dessen Ehefrau die verkaufte Kötherey behalten sollen, sondern mit dem Vorsatz suche und verlange, daß sein Curande Christoph Winterberg dieselbe, als sein Großväterliches Guth, eigenthümlich annehme, und eben die Conditiones, so beym geschehenen Verkauf verglichen, erfüllen, auch das versprochene Kaufgeld anschaffen solle und könne, wornächst ferner ergehet was Recht ist.„ Dieses Erkänntniß hat die Königl. Justiz Canzley am 8ten Dec. 1745. also bestätiget: „daß wohl gesprochen, von beyden Theilen aber übel appelliret, mithin es bey der Sententia a qua vom 22sten Sept. 1744. zu lassen, und dieselbe zu confirmiren, jedoch mit der Erklärung, daß Retrahent zugleich in künftigem Termino ad jurandum dem Retrahaten die ausgelobte Kaufsumme der 120 Rthlr. entweder baar offeriren, oder aber davor hinlängliche Caution bestellen solle, wie wir denn solchergestalt erkennen und confirmiren, sämtliche Kosten aber ad finem litis aussetzen, und Remissoriales ad indicem a quo hierbey ertheilen und ablassen.„

Folgendes Protocollum, und der darauf abgegebene Decisiv-Bescheid erweiset ferner den Gebrauch des Näher-Rechts im Amt Blumenau.

Actum Blumenau den 30sten Julii 1763.

Nachdem unterm 18ten dieses per Edictales bekannt gemachet, und Terminus auf heute in Absicht der von dem Einwohner Ernst Heinrich Wecken in Luthe an den Einwohner Heinrich Heunen in Ricklingen bis zur Amts-Confirmation verkauften Mittelkötherey in Luthe solchergestalt angesetzet worden, daß alle und jede, welche an beregter Kothstelle samt Zubehör entweder aus einem Näher-Recht oder sonst ex alio capite Forderungen haben möchten, acto erscheinen, ihre An- und Zusprüche resp. anzeigen und liquidiren sollten, so erschienen Ernst Heinrich Wecke aus Luthe als Verkäufer an einem, sodann Heinrich Heune nebst dessen Sohn Jobst Ludewig aus Ricklingen als Käufer am andern Theil. Sonst aber erschienen Hans Henrich Behrens aus Latwehren, Cord Henrich Borchers und Johann Harm Richers aus Luthe.

Ersterer

Ersterer Hans Henrich Behrens zeigete an, wie er des Verkäufers Schwager sey, und da die Stelle qu. von seinem verstorbenen Vater weiland Jasper Behrens herrühre, und Verkäufer dieselbe mit seiner Schwester erheyrathet habe, so könne er den anmaßlichen Verkauf derselben nicht genehmigen, sondern verlange, da er dasselbe, was der Käufer Heune an Kaufgelde geboten, geben wolle, daß dieselbe ihm als nächsten Verwandten ex capite des zustehenden Näher-Rechts überlassen, jener entamirte Kauf aber wieder annulliret werden möge.

Leztere Cord Henrich Borchers und Johann Harm Richters aber stellen vor, wie sie mit des Verkäufers Ehefrau Schwester-Kind wären, und alsdenn ihr Näher-Recht in Absicht der qu. Stelle sich reserviret haben wollten, wenn Behrens keinen Gebrauch davon machen wolle.

Verkäufer Ernst Heinrich Wecke kann nicht läugnen, daß die Stelle qu. von seiner Frau, als Hans Henrich Behrens Schwester, herrühre, und er dieselbe mit dieser erheyrathet habe. Er könne demselben also das zustehende Näher-Recht nicht nehmen, und müste dahin gestellet seyn lassen, was die Rechte deshalb verordneten.

Der Käufer Heinrich Heune: Er könne von dem einmal gemachten Kauf der Stelle, da derselbe vom Vogt Lödding, mit Verkäufers Genehmigung, in Beyseyn des Einwohners Heinrich Behrs aus Luthe, als Zeugen, verfasset und ausgesetzet worden, nicht abgehen, um somehr er bereits vieles zum Besten der Stelle verwandt, auch auf das Kaufgeld selbst theils baar, theils durch ein Pferd 26 Pistolen, also 130 Rthlr. in Golde ausgegeben habe, die übrige Unkosten, welche er nicht sofort anzugeben wisse, nicht zu berühren. Es wären immittelst Verkäufers Schwager Henrich Behrens so wenig, als die übrige Verwandten des Verkäufers Cord Henrich Borchers und Johann Harm Richers beym Verkauf zugegen gewesen; jedoch aber habe Verkäufer auf sein ausdrückliches Befragen gesaget, daß qu. Stelle sein gehöre, und niemand bey dem Verkauf etwas zu erinnern habe.

Verkäufer Wecke kann nicht läugnen, daß der Verkauf der Stelle mit seiner Genehmigung geschehen, auch der vorgängig ad acta gelieferte vordin verlesene Kauf-Contract in allen Stücken also verabredet, und von dem Vogt Lödding in Beyseyn des Zeugen Behrs verfasset sey. Ferner habe er auf den Kauf 8 Pistolen in Golde bekommen. Das Pferd aber, wovon Käufer Erwähnung thue, habe derselbe bereits vor einem viertel Jahr wieder zurück genommen,

mithin könne solches allhier nicht angerechnet werden. Uebrigens sey es auch andem, daß er beym Verkauf der Stelle ad instantiam des Käufers gesaget, daß bey dem Verkauf niemand etwas zu erinnern habe.

Bescheid.

Daß bewandten Umständen nach das von dem Einwohner Hans Henrich Behrens in Lathwehren docirte Näher-Recht allerdings zulässig sey, und diesem also die Stelle qu. zu retrahiren nicht bekommen werden könne, gestalten der zwischen Ernst Henrich Wecken uud Henrich Heunen verabredete Kauf also hinwieder aufgehoben und annulliret wird. Dagegen aber bleibt ermeldetem Henrich Heunen bevor, wegen der angeblich bereits verwandten Kosten und gehabten Auslagen, die Behörde wider den Retrahenten und Ernst Henrich Wecken in separato auszumachen.

Ein Judicatum der Königl. Hannöverschen Justiz-Canzley vom 14ten Jun. in Sachen Christian Anton Dreyer aus Förste wider Bastian Bartram aus Eisdorf setzet das Herbringen des Näher-Rechts also voraus: Würde Appellant erweisen, daß die Lohrbergische Geschwister Appellaten das Land qu. für den Preis angebothen, wofür es verkaufet worden, und dieser sich erkläret habe, daß er es für das Geld nicht verlange, so ergehet alsdann ferner was Rechtens.

In Sachen Christian Westerhausen Klägers wider Johann Georg Wieckert und Matthias Ederle zu Lauterberg, wurde vom Amt Scharzfels am 24sten Nov. 1764. dem Näher-Recht also Platz gegeben: „Daß nachdem der quæstionirte Garten von Moritz Zinken und dessen Ehefrauen Christianen Eleonoren Otten an die Supplicanten auf 12 Jahr, als vom 5ten Jan. 1753. für 39. Rthlr. Wiederkaufsweise verkauft, und der Kläger und Supplicate Westerhausen curatorio nomine seines mit seiner verstorbenen Frauen erzeugten Kindes an den großväterlichen von Christoph Otten herrührenden Garten das Näher-Recht eingewendet, welches er auch für seinen Sohn wohl einwenden mögen, und dahero dasselbe ihm auch um somehr zuerkannt worden, da das quæstionirte Grundstück notorisch vom Großvater herrühret, das Näher-Recht auch beym Wiederkauf statt findet, und in termino vom 13ten Januar 1764 von den Supplicanten gegen das von Supplicaten eingeführte Näher-Recht selbst keine erhebliche Einwendung gemacht, der Verkäufer Zinke auch so wenig, als dessen Frau dem Westerhausischen Kinde durch einen Verkauf cum pacto adjecto das Näher-Recht intervertiren mögen, so behält es bey dem unterm 13ten Januar 1764.

publi-

publicirten Erkänntniß billig sein Verbleiben, gestalten auch überhin dem Supplicaten frey gestanden, gleich nach dem geschlossenen Wiederkaufs-Contract das Näher-Recht einzuwenden. Anbey haben Supplicanten die Expensas retardati processus, pravia liquidatione & moderatione, zu bezahlen, als wozu sie zugleich Kraft dieses condemniret werden.„ Diesen Spruch bestätigte die Königl. Justiz-Canzley am 30sten April 1765, „weil des Appellaten Sohn das jus retractus an den Garten qu. allerdings gebühre, auch den Beklagten dawider die Verjährung wegen der Minderjährigkeit des appellatischen Kindes nicht schützen möge.„

In demselben Amt stritten 1767. Schnering und Degenhost nur darüber: Ob das Näher-Recht gebrauchet werden könnte, wenn die verkaufte Sache bereits in die dritte Hand kommen? und waren also darin einig, daß es regulariter den Anverwandten zustehe. Die Beamte erkandten also:

In Sachen Dorotheen Friederiken Schnering gebohrner Hermann Klägerin contra Rudolph Anthon Degenhost Beklagten wird von hiesigem Königl. und Churfürstl. Amte denen ergangenen Actis nach für recht erkandt:

Dieweilen des Beklagten Haus, wesfalls die Klägerin die Retracts-Klage angestellet, bereits in der dritten Hand ist, und mithin dasselbe als ein Bonum avitum ratione venditoris nicht mehr angesehen werden mag, so findet die eingeführte Retracts-Klage keine statt, sondern es wird Beklagter davon hiemit gänzlich entbunden und losgezählet, die Unkosten aber werden aus bewegenden Ursachen gegen einander compensiret und aufgehoben. V. R. W. Die Rationes decidendi sind folgende. „Ob zwar nicht zu läugnen, daß in dem hiesigen Amte das Näher-Recht in bonis avitis eingeführet, und der beklagte Degenhost auch nicht in Abrede stellen mögen, daß dessen zu Lauterberg belegenes ex jure retractus in Anspruch genommenes Haus vor Zeiten der Klägerin Capitain-Lieutenantin Schnering Großmutter der Niecoerts eigenthümlich zugestanden, deren Töchter nachher dasselbe hinwiederum an den Bader Conradi käuflich übergelassen, mithin es solchemnach das Ansehen gewinnen möchte, als ob Klägerin allerdings befugt gewesen, des Beklagten Haus als ein großmütterliches Grundstück ex jure retractus in Anspruch zu nehmen, und also auch der angehobenen Retracts-Klage zu deferiren gewesen.

Alldieweilen aber das jus retractus gentilitium nur in bonis avitis ratione alienantis seu venditoris, auch nur alsdann platzgreiflich ist, si bona ejusmodi

a conſanguineis adhuc poſſideantur ac vendantur, ſecus autem, ſi olim jam ad extraneum translata fuerint, & jam iterum vendantur.

Struv. Jurisprud. Rom. Germ. Lib. III. Tit. XI. §. 34.

Der erſtere Fall nun aber in præſenti caſu gar nicht, ſondern vielmehr der letztere eintritt, indem dieſes Niewertſche Haus von dem erſten Käufer Vader Conradi ſchon vor vielen Jahren wieder an den gegenwärtigen beklagten Degenhoſt, mithin in die dritte Hand verkaufet worden iſt, mit welchen letztern Verkäufer die Klägerin nicht einmahl in der mindeſten Verwandſchaft ſtehet, und alſo auch deſſen an den Beklagten verkauftes Haus in Anſehung der Klägerin keinesweges als ein Bonum avitum nunmehro noch angeſehen werden kann, hiernächſt auch nichts zur Sache thut, daß ſothanes Haus vorhin der Klägerin Großmutter gehöret, cum jus retractus conſanguinitatis illi non detur, qui non eſt conſanguineus venditoris, licet res a mojoribus ipſius deſcendat, & olim a ſuis conſanguineis ſit vendita

Struvii Jurisprud. forenſis Lib. III. Tit. XI. §. 32.

Richter Dec. LXVI. num. 31. & num. 40.

welchem allen noch hinzutritt, daß der Retractus gentilitius der Libertati commerciorum repugniret, atque adeo ſtrictæ ſit interpretationis

Bergeri Oeconomia Juris Lib. III. Tit. V. §. 13.

in mehrerem Betracht auch ſonſten im hieſigen Amte, wo das Näher-Recht gilt, wenig Unterthanen in dem Beſitz ihrer Güther verbleiben, ſondern gar bald mittelſt einer Suite von Retracts-Klagen aus dem Ihrigen vertrieben werden würden, mithin dadurch nichts als Verwirrungen, welche vielen Unterthanen zum äuſſerſten Ruin gereichen würden, ohnfehlbar entſtehen dürften: Als ſind wir aus dieſen vorausgeſetzten Rechts- und andern Gründen, die Klägerin mit ihrer angeſtelleten Retracts-Klage in præſenti abzuweiſen, und mithin ſolchergeſtalt, ut in ſententia a qua, zu erkennen, bewogen worden.„ Als von dieſem Erkenntniß an die Königl. Hannöverſche Juſtitz-Canzley appelliret wurde, verſagte dieſelbe, in ſpectis actis, der Retrahentin die gebetene Proceſſe.

In der Stadt Göttingen wollte ein Collateralis das Näher-Recht an einem Hauſe gebrauchen, welches ſein Anverwandter der Verkaufer ſub haſta erſtanden hatte. Bürgermeiſter und Rath erkandten am 12ten Nov. 1762. in

Sachen

Sachen der Reiterschen Kinder Vormünder Kornschreibers Erhard und Johann Friedrich Reiters Kläger wider den Materialisten Heinrich Albrecht Wienecker: Demnach hieselbst kein gültiges Statutum oder Gewohnheit vorhanden, welche das angebliche jus retractus begründen mögen, als werden Klägere billig mit diesen prætendirten jure retractus, und darauf sich gründenden Klage ab und zur Ruhe verwiesen, Beklagter aber von angestellter Klage entbunden.„ Die Königl. Justitz-Canzley billigte diesen Spruch am 19ten Octobr. 1763., „weil wenn gleich das denen Verwandten zustehende Näher-Recht zu Göttingen hergebracht, dennoch Appellanten selbiges deswegen zu exerciren nicht berechtiget, weil sie selbst um die Subhastation des quæstionirten Hauses nachgesuchet, auch ihnen der Umstand, daß sie an dem Hause noch 1000. Rthlr. zu fordern, kein Recht geben könne, vor Appellaten den Vorzug zu verlangen, mithin es lediglich bey dem judicato a quo zu lassen sey. „ In besagter Stadt ist ein besonders Statutum vom Näher-Recht promulgiret, folgenden Inhalts. „Wir Burgermeister und Rath der Stadt Göttingen thun hiemit kund und zu wissen. Demnach einer jeden Obrigkeit oblieget, allen Anlaß zu weitläuftigen kostbaren Rechtfertigungen aus dem Wege zu räumen, und wir verspühret, daß wegen des juris retractus oder Näher-Kaufrechts eine zeithero zwischen unsern Bürgern allerhand Streitigkeiten erreget worden, indem von etlichen in Disputat gezogen, ob und welchergestalt solch Näher-Kaufrechts von Alters durch eine beständige Gerechtigkeit an diesem Ort gebrauchet, so haben wir zukünftiger Verhütung derselben Streitigkeiten, und daher entstehender Kostspildung nachfolgende Statuta und Ordnung hierunter zu machen für billig und nöthig befunden. Setzen demnach und ordnen hiemit, 1) daß allein in erblich verkauften ohnbeweglichen Güthern das Jus retractus oder der Näher-Kauf alsdenn statt haben soll, wenn der Retrahent oder Näher-Käufer des Verkäufers nächster Anverwandte bis an den fünften Grad inclusive, nach Computation gemeiner Kayser-Rechte ist, oder aber da sich zu dem verkauften Guth kein Anverwandter finden würde, alsdenn der nächste Nachbar, welcher ein eigenthümlich Guth nächst daran liegen hätte, zu dem Näher-Kaufe, ob er wolle, verstattet werden solle.

2) Und soll demselben so ein unbeweglich Stück verkauft, frey und bevor stehen, seinem nächsten Anverwandten, oder, in Entstehung der, seinem Nachbar zu verkünden, und ihm den rechten Werth, darum er mit dem Käufer einig worden, anzusagen, und so dieselbe wollen das verkaufte Guth in Kraft des Näher Rechts annehmen, so sollen sie gehalten seyn, innerhalb 30. Tagen, die nächsten von beschehener Verkündigung, die gebührliche Kaufsumme

dem Käufer zu erlegen. Wo sie aber in berührter Zeit der 30 Tagen mit Erlegung des gebührlichen Kaufgeldes, oder so viel der erste Käufer wahrhaftig und ohngefährlich darum geben wollen, verzügig oder säumig seyn, sollen sie alsdenn nach Verscheinung derselben Zeit, von dem Näher-Kauf ausgeschlossen seyn.

3) Sonsten und ausser dessen, wenn denen Freunden oder Nachbaren der Verkauf nicht wäre verkündet oder angefüget worden, so behalten die Freunde der Nachbaren noch diese Freyheit, daß sie mögen vor Verscheinung Jahrs und Tage, nachdem der Verkauf zu ihrer Wissenschaft gelanget, ob sie schon den Werth, darum das Stück qu. verkauft, nicht wüsten, den Näher-Kauf begehren. Sobald aber Jahr und Tag verflossen, sollen sie nicht weiter dazu verstattet werden.

4) Es soll auch den Blutsfreunden oder Nachbaren, dem der Näher-Kauf gebühret, an seinen Rechten nichts benehmen, obschon bey dem Verkauf und Aufrichtung des Kaufbriefes, so auf eine fremde Person gestellet, er als Zeuge gewesen, und des Kaufs Wissenschaft hätte, sondern soll ihm nichts destoweniger die Denuntiatio oder das Anboth angefüget werden.

5) Im Fall sich aber derselbige auf beschehene Anbietung des Näher-Kaufs entweder ausdrücklich verzeihen, oder generaliter versprechen würde, in dem Kauf keine Irrung zu thun, ob ihn dann schon solche Verzicht hernach gereuen thäte, so soll er doch weiter zu dem Näher-Kauf nicht verstattet werden.

Sollte sich zutragen, daß etwa der Anverwandten im gleichen Grade mehr als einer wären, soll hierinnen zuforderst Ordo successionis ab intestato in Acht genommen, und desfalls kein Unterschied zwischen denen Retrahenten wäre, und sich gütlich darum nicht vergleichen könnten, so sollen die das Loos darum werfen, und sich dessen also entscheiden lassen.

7) Da aber zwischen zweyen Nachbaren deshalben Streit fürfiele, welcher unter ihnen zu dem Näher-Kauf zu verstatten, soll derselbe der zum grösten Theil Nachbar ist, den andern vorgezogen werden, es wäre denn, daß eines Nachbaren Aecker-Lehne, des andern aber Erbe wäre, auf welchen Fall derjenige, so ein Erbguth an dem verkauften Prædio herliegend hat, vorgezogen werfollen. Da sich aber zwischen ihnen kein Unterschied fände, so soll derselbe, so dem andern in dem Näher Kauf zuvor kömmt, und sich zuerst dazu angiebet, vorgezogen, da sie aber zu einer Zeit concurriren, also daß Ratione præoccupationis kein Unterschied zu machen, und sich gütlich darum nicht vergleichen könnten, sollen sie durchs Loos entschieden werden.

8)

8) Und wird der allein in diesem Fall für einen Nachbar gehalten, dessen Guth, Haus, Acker, Wiesen nächst an dem verkauften Stück gelegen ist, nicht aber derjenige, der etwa gegen über wohnet, oder einen Acker gegen über liegen hat, also daß ein gemeiner Weg, welchen man nicht überschreiten könnte, das verkaufte Stück von seinem scheidet.

9) Sofern nun jemand in diesen Kauf treten wollte, so soll er schuldig seyn, dem Käufer sein ausgezahltes Kaufgeld, nebst allen nöthigen Kosten, so ihm über den Kauf in alle gebührliche Wege aufgegangen, als Weinkauf, Schreibgeld, und alles andere, so aus redlichen Ursachen ohne Gefehrde an diesen Kauf geleget worden, baar und völlig zu bezahlen.

10) Jedoch wofern in Abhandlung des Kaufs die völlige Kaufsumme nicht wäre bezahlet worden, sondern der Käufer hatte dem Verkäufer versprochen, entweder die ganze Kaufsumme, oder aber eines Theils auf eine gewisse Zeit, und dann den Ueberrest zu einer andern Frist zu bezahlen, so soll der Retrahent entweder als der erste Käufer baar, oder den Ueberrest zu der Zeit, da es der Käufer zahlen sollen, zu bezahlen, und deswegen den Verkäufer zu versichern, auch sonsten den aufgerichteten Kauf-Contract in allen Clausuln, so nicht etwan in fraudem des Näher-Kaufs hineingerücket, nachzusetzen schuldig seyn.

11) Darneben soll auch der Käufer über seinen vorgelegten Kaufbrief, auf des Näher-Käufers Begehren, schuldig seyn, die Kauf-Summe mit einem leiblichen Eide zu bestätigen, daß des Kaufgeldes so viel und nicht weniger sey. Hergegen soll auch der Näher-Käufer schuldig seyn, auf des Käufers Begehren, mit einem leiblichen Eide zu erhärten, daß er den Näher-Kauf zu seinem eigenen Behuef und Gebrauch, und nicht etwa einem andern zu Nutz und Wohlfahrt ohne einige Gefährde begehre.

12) Darneben soll auch derjenige, so den Näher-Kauf an einem Hause und Hof in unser Stadt begehret, oder denselben im Rechte erhalten, ehe und bevor er die Possession desselben Hauses und Hofes ergreifet, und dem Rathe genugsame Caution stellen, daß er solch Haus nicht von einander reissen, oder aber einen Theil desselben etwa andern wieder verkaufen wolle, und dafern er solche Caution nicht leisten würde, soll er des Näher-Rechts verlustig seyn.

13) Wofern der Käufer sich verweigerte, die Kauf-Summa von dem Näher-Käufer anzunehmen, und gegen Obligation und Erlegung desselben, jenen

nen zum Näher-Kauf zu verstatten, so soll der Näher-Käufer, wenn er sich seiner Rechte nicht begeben wird, dieselbe Summe innerhalb obbestimmter Zeit, bis zu Austrag der Sache, verpetschiret hinterlegen, oder in Verbleibung dessen des Näher-Kaufs verlustig seyn. Wüste aber der Näher-Käufer die erledigte Summe nicht, soll er eine ermeldte Summe nach unserer Ermessung hinterlegen, mit der Protestation, da solches nicht genugsam sey, daß er dasselbe hernächst, wenn er der ausgezahlten Kauf-Summe eigentlich berichtet würde, zu ergänzen erbiethig.

14) So der Verkäufer etliche Stücke eines mit dem andern in einer Kauf-Summe verkaufte, und wäre nicht ein jegliches Stück besonders angeschlagen worden, so kann derselbe, der den Näher-Kauf begehret, kein Stück ohne das andere an sich bringen, sondern soll die Stücke sämtlich miteinander nehmen, oder des Näher-Kaufs sich begeben.

15) Da aber viele Stücke und ein jegliches in einem besondern Anschlage in einem oder mehr Kauf-Briefen verkaufet würden, so wird ein jegliches Stück für einen besondern Kauf gehalten, und soll der Näher-Kauf um ein jegliches Stück besonders nach Gefallen des Näher-Käufers Statt haben; es wäre denn Sache, daß der Verkäufer ein Stück ohne das andere nicht, sondern eines dem andern und also sämtlich verkaufen, oder der Käufer eines ohne das andere nicht hätte kaufen wollen, und sie solches mit dem Eide erhalten, oder sonst nach Nothdurft erweisen würden, alsdenn, wo gleich ein jegliches Stück besonders wäre angeschlagen worden, so wird es alles nur vor einen Kauf gehalten, und mag der Kauf in einem Stück allein nicht aufgetrennet werden.

16) In andern Fällen, so sich hiebey begeben, und in diesem unsern Statuto nicht decidiret seyn, soll nach Anleitung der gemeinen Rechte, einhelliger Meynung oder communiori sententia decidiret und gesprochen, und diese unsere Constitutio nur von den künftigen Fällen verstanden werden.

Urkundlich wir diese unsere Verordnung nicht allein öffentlich promulgiren und verlesen, sondern auch zu männiglicher Wissenschaft und Nachrichtung an unserm Rathhause anschlagen lassen. So geschehen den 27sten May Anno 1642. „

Ich halte keinesweges dafür, daß eine nicht besonders privilegirte Landsassige Stadt das Näher-Recht, wenn es nicht hergebracht ist, durch ein solches Statutum ohne Landesherrliche Genehmigung einführen könne. Aber gemeiniglich

meiniglich erweiset selbiges das Herkommen, wie ich auch in des II. Theils C. Bedenken angemerket habe. Es wurde, wie das Göttingische Statutum in Disputat gezogen, ob das Näher-Kaufsrecht von Alters her durch eine beständige Gerechtigkeit daselbst gebrauchet sey. Indem nun Bürgermeister und Rath das Quomodo bestimmeten, bezeugten sie, daß es in ihrer Stadt hergebracht sey.

Dieses ist auch in der Stadt Hannover geschehen, wie also die Königl. Justizcanzley von Bonis avitis am 10ten Oct. 1719. in Sachen Türke wider Aulochen erkandt hat.

Als in der Stadt Northeim 1735. Johann Wilhelm Hofmanns nachgelassener Erben Vormünder sich des Näher-Rechts an ein Viertel Erbe-Holzes im Hagenberge, welchen Johann Casper Cramer besasse, gebrauchen wollten, wurde von diesen die Reception solches Rechts in keinen Zweifel gezogen, sondern nur verneinet, daß die Holzung qu. ein Bonum avitum sey, und eben deswegen absolvirten Bürgermeister und Rath den Beklagten von der angestellten Klage.

Wie hätte auch Churfürst Ernst August in dem Edict vom 15ten Jun. 1695. sagen können, es entstünden viele Irrungen daher, daß post terminum subhastationis sich noch Retrahentes anfünden, weswegen er es nöthig erachte, solchen per legem publicam vorzubeugen, wenn das Näher-Recht in seinen Landen nicht üblich gewesen?

CXXXIII. Bedenken.

Ein Reichsstand kann den Juden erlauben über 5 pro Cent Zinse zu nehmen.

Ein Jude hatte von seinem Schuldner mehr als 5 pro Cent Zinse empfangen, und diese wurden zurück gefordert, weil die Reichsgesetze nur 5 pro Cent zu nehmen erlauben.

Nun ist in der Reichs-Policey-Ordnung von 1577. Tit. 20. §. 6. ausdrücklich versehen, „daß den Juden nicht mehr denn fünf von Hundert zum Wucher zu nehmen erlaubet seyn soll; wodurch denn die von Kayser Carl V. und Ferdinand I. ihnen ertheilte Privilegia aufgehoben worden. Nicht wenige Rechtsgelehrte halten auch dafür, daß keine Reichsgesetze durch Landesherrliche Verordnungen geändert werden können (a), und insonderheit daß kein Reichs-

ſtand den Juden erlauben dürfe, 6 pro Cent zu nehmen (b), wie es von den mehreſten geſchiehet.

Allein wenn ein Landesgeſetz oder Privilegium den Kayſer und den Mitſtänden unnachtheilig iſt, ſo ſtehet dieſen die Exceptio deficientis intereſſe entgegen, wenn ſie es anfechten wollten. Es iſt nicht möglich in einem ſo groſſen Reich, als das Teutſche, viele allgemeine Geſetze zu machen, die an allen Orten nützlich ſind, und nicht manche Ausnahme von der Regul erfordern (c). Dieſe Verſchiedenheit der Umſtände geſtattet nun beſonders keinesweges, das Quantum der zu erhebenden Zinſe gleichförmig zu beſtimmen, weil in denen Ländern, in welchen ſich das Geld häufiger findet, als in andern, derjenige Zins übermäßig iſt, welcher in einem armen Lande für billig und proportionirlich zu achten (d). Die Landes-Conſtituciones enthalten daher eine Menge von den Reichs-Geſetzen abweichender Verordnungen, und bemerket der Referens Cameralis beym Herrn B. von CRAMER *Tom. IV.*, daß wenn das Kayſerl. Cammergericht, wider ſolche Statuta provincialia, ein Concluſum abfaſſen wollte, es eine Colliſion cum Statibus veranlaſſen würde. Auch diejenige, welche anderer Meynung ſind, ziehen jedoch die legislatoriam poteſtatem ordinum in keinen Zweifel, ſi illis permiſſum in lege ipſa, diverſum quie in ſuis ditionibus conſtituere (e). Nun heiſſet es aber in der angeführten Reichs-Policey-Ordnung unmittelbar nach der Diſpoſition, daß die Juden über 5 pro Cent keine Zinſe nehmen ſollen: „Doch ſoll hierdurch Churfürſten, Fürſten und Ständen, in ihren von uns habenden Regalien, Privilegien und zuſtehenden Gerechtigkeiten, Ordnung zu machen, nichts præjudiciret oder benommen, ſondern ihnen vorbehalten ſeyn.„ Daher dann STRYK *U. M. Tit. de Uſuris* §. 15. mit gutem Grunde behauptet, quoad uſuras legislatoriam poteſtatem Statuum reſtrictam non eſſe, und deswegen wird an mehreren Orten den Juden erlaubet über 5 pro Cent zu nehmen (f). Am wenigſten aber können dergleichen Zinſen, wenn ſie bezahlet ſind, wieder gefordert werden, wie Herr B. von CRAMER *Tom. I. Obſ.* 100. §. 2. und *Tom. IV. Obſ.* 1005. alſo lehret: Reductio ad uſuras quincunces tantum fit quoad uſuras reſtantes, non quoad ſolutas, quia debitum uſurarum ſemiſſalium eſt naturale, nec obligatio naturalis perfecta ex pacto in totum reprobata invenitur per Receſſum imperii nov. Ad conditionem indebiti requiritur, ut indebitum tale ſolutum, quod nec jure naturæ debetur.

(a) HUGO *de Statu regionum Germaniæ.* Cap. 3. §. 19. 21. MAIER *de Jure ſtatuum imperii legislatorio* Cap. 6. §. 19. GRASSIUS *in Collatione*

Collatione Juris civilis cum receſſibus imperii Sect. I. §. 3. 4. 5. ZIEGLER *de Juribus Majeſtaticis* Lib. I. Cap. 5. §. 19.

(b) FABRICIUS *in Gailio enucleato* Lib. II. Obſ. 7.

(c) HERTIUS *de Superioritate territoriali* §. 25. KEMMERICH *Introd. ad jus publicum* Lib. VII. Cap. 5. §. 6. 7. SILBERRAD *de Poteſtate ſtatuum imperii leges in territorio ferendi receſſibus imperii contrarias* §. 15.

(d) Herr von JUSTI Policey-Wiſſenſchaft I. Band, VI. Buch, XXIV. Hauptſt. I. Abſchn. §. 693.

(e) HUGO *d. l.* §. 21.

(f) ZIEGLER *de juribus Judæorum* Cap. 4. §. 7. BECK *de juribus Judæorum* Cap. 12. §. 10.

CXXXIV. Bedenken.

Was durch vollgültige Münzſorten zu verſtehen?

Nach tödtlichem Hintritt des Licent-Commiſſarii von Stockhauſen, entſtund zwiſchen deſſen Allodial-Erben und den Lehnsfolgern ein Rechtsſtreit über die Abſonderung des Lehns vom Erbe, und jene nahmen verſchiedene Stücke als Erbe, ſamt den Meliorationen des Lehns in Anſpruch. Forderten auch die Bezahlung verſchiedener, ihrer Meynung nach, auf dem Lehn haftender Schulden. Die Königl. Hannöverſche Juſtiz-Canzley manutenirte ſie auch in der Poſſeſſion des Guths Dankelshauſen. Dieſer Proceß wurde aber am 29 Junii 1758. dahin verglichen, daß Beklagte das Erbe ſowohl, als das Lehn dem klagenden Lehnsfolger abtraten, hingegen dieſer verſprach der Wittwe von Stockhauſen und Annen Marien von Bülow, des verſtorbenen Licent-Commiſſarii Schweſter Tochter, 4000 Rthl. in vollgültigen Münzſorten zu bezahlen. Dieſes Capital wollte ſelbiger aber nachher, vermöge der oben im II. Bedenken angeführten Chur-Braunſchweigiſchen Münzverordnung, auf 2930 Rthl. 15. gl. reduciren. Es wurde jedoch von der Königl. Hannöverſchen Juſtiz-Canzley 1766. erkandt, „wie beſagtes Münz-Edict von 1764. Art. 9. allhier keine Anwendung finde, da vollgültige Münzſorten ausgelobet worden, welches die im Junio 1758. courſirte Marggräfl. Brandenburg-Anſpachiſche nicht geweſen, als womit im Handel und Wandel weniger, wie mit vollgültigen Münzen, auszu-

richten war. „Dieses Erkenntniß hat die Giesische Juristen-Facultät 1767. bestätiget aus folgenden Ursachen.„ Ob nun wohl Supplicant anführet, daß die angezogene Königl. Verordnung von 1764. Art. 9. klar verordne: „Wenn in Kauf- und andern Contracten die zu entrichtende Münzsorten nicht bestimmet sind, so soll die Zahlung nach dem innerlichen Werth der geringsten Münze geschehen, welche zur Zeit des Contracts courfiret hat.„ Inzwischen daß der qu. Vergleich im Junio 1758. geschlossen worden, nicht geleugnet wird, anbey aus der Münz-Tabelle, daß in gedachtem Monat und Jahre die Marggräfl. Brandenburg-Anspachische $\frac{1}{6}$ Stück im Cours gewesen, allein zu 4 Gr. 3 Pf. oder 100 Rthlr. zu 73 Rthl. 9 Gr. 3 Pf. reduciret worden, ersichtlich ist, mithin da in dem Vergleich keine Münsorten bestimmet seyn, die Verordnung des Königl. Münz-Edicts ihre Anwendung finden, und nach solcher die Reduction des Vergleichs-Quanti geschehen müsse, in mehrerem Betracht nicht entgegen stehe, daß in den Vergleich an einer einzigen Stelle §. 7. der Ausdruck von vollgültigen Münzsorten vorkomme, gestalten doch keine eigentliche Münzsorten, noch weniger aber Gold bestimmet, und unter erwehntem Ausdruck keine andere Münzsorten als diejenigen, welche im Junio 1758. gangbar gewesen, verstanden werden könnten, zumahlen in dem Königl. Edict Art. 6. „Ist in den Verschreibungen gemeldet, daß unverrufene Münze gezahlet worden, alsdenn sollen, weil man währenden Krieges allerley auswärtige geringhaltige Geldsorten, welche im Handel und Wandel annoch geduldet worden, hierunter verstanden hat, bey einer völligen Ungewißheit die niedrigste der in devalvirtem Werth angenommenen Münzen - - von den Gläubiger angenommen ꝛc.; „enthalten ist.

Dennoch aber und dieweil derjenige, welcher sich die Zahlung in vollgültigen Münzsorten stipuliret, die zu entrichtende Münzsorten wenigstens generatim & quoad valorem bestimmet hat, allermassen der Art. 9. des angezogenen Königl. Edicts nicht erfordert, daß die Münzsorten speciatim z. E. Königl. Preußische oder Fürstl. Braunschweigische ꝛc. bestimmet worden; Nun aber in dem qu. Vergleich, obgleich nur an einer doch an behufiger und hauptsächlicher Stelle die Bezahlung der 4000 Rthl. in vollgültigen Münzsorten versprochen ist, darunter aber keine von dem Reichs Münzfuß abweichende, geringhaltige, sondern vielmehr nach dem Reichs-Münzfuß ausgeprägte, vollhältige Münzsorten zu verstehen sind

Conf. Herr Canzley-Director Strube in den rechtlichen Bedenken II. Theil num. 22. in fine.

folglich

folglich die weitere Verordnung des Art. 9. des Königl. Edicts in gegenwärtigem Fall nicht eintreten, und Supplicant nach den im Jahr 1758. in unverrufenen Cours gewesenen Marggräfl. Brandenburg-Anspachischen $\frac{1}{6}$ Stücken die Vergleichs-Summe nicht reduciren mag, sintemal obgleich gedachte $\frac{1}{6}$ Stücke damahls unverrufene Münze war, gleichwohl doch selbige ihrem innerlichen Werth nach geringhaltig, und nicht vollgültige Münzsorten gewesen sind. ꝛc.„

CXXXV. Bedenken.

Ob wenn etwas unter der Bedingung verkaufet worden, daß, bey Verlust des auf Abschlag bezahlten Kaufgeldes, der Rest desselben zu einer bestimmten Zeit entrichtet werden solle, und dieses nicht geschiehet, mithin der Kauf rückgängig wird, das Gezahlte vom Käufer wieder gefordert werden könne.

Es hatte Titius dem Cajo einen Meyer für 1140 Rthl. verkaufet, und auf das Kaufgeld 100 Rthl. empfangen, dabey aber bedungen 1) daß der Rest binnen den ersten vier Wochen entrichtet werden, und wenn solches nicht geschehe, die gezahlte 100 Rthl. dem Verkäufer eigenthümlich verbleiben, auch er sodann 2) die Freyheit behalten solle, den getroffenen Verkauf freywillig aufzurufen, oder nach wie vor fest zu halten. Als der verkaufte Meyer sich verlauten lassen, daß er nicht schuldig sey, den Dienst in Natura zu leisten, brachte zwar der Käufer den Rest der Kaufsumme dem Verkäufer vor Ablauf des beliebten Zahlungs-Termins. Muthete ihm aber an, daß er sich anheischig machen sollte, den wegen der Dienstleistung etwa entstehenden Proceß, auf sein bloßes aussergerichtliches Anmelden, zu übernehmen, und auf seine Kosten, ohne selbige zurück zu fordern, auszuführen. Dessen weigerte sich Titius, und deswegen geschahe keine Zahlung des Kaufeldes, folglich wurde der Meyer einem andern verkaufet. Der erste Käufer belangte daher den Verkäufer, und klagte auf die Erfüllung des Contracts. Es wurde aber von Königl. Hannöverscher Justiz-Canzley 1766. erkandt: „Nachdemmahlen nicht erhellet, daß der Spanndienst von dem Meyer Mevio mit dem mindesten Schein Rechtens verweigert werden können, auch solchenfalls, nach geschlossenem Handel, Beklagten Titio nicht anzumuthen war, den etwa entstehenden Proceß zu übernehmen, und auf seine Kosten auszuführen, mithin der Kläger, indem er solcherwegen die Zahlung verweigert, seinem gethanen Versprechen zuwider gehandelt hat, so ist Beklagter von angestellter Klage zu entbinden, und der Kläger schuldig, ihm die verursachte Proceß-Ko-

sten zu erstalten.„ Diese Urthel bestätigte die Helmstädtische Juristen-Facultät cum condemnatione actoris in ulteriores expensas 1767., und solches veranlassete die Frage: Ob die auf Abschlag bezahlte 100. Rthl. zurückgegeben werden müsten? Verschiedene Rechtslehrer halten es, wenn ein Lex commissoria dem Kauf-Contract angehänget worden, aus wichtigen Ursachen dafür (a), wiewohl die mehreste anderer Meynung sind (b). Aber hier ist die Frage nicht von einem blossen Lege commissoria, wenn man gleich zugeben wollte, daß selbiger keinen durch die Uebergabe zur Vollkommenheit gediehenen Kauf erfordert (c), sondern es enthielte der Contract überdem eine Pœnam conventionalem, welchenfalls diejenige, so nicht zugeben wollen, daß der Lex commissoria den Verlust des Kaufgeldes würket, diese Würkung gleichwohl einem Pacto beylegen, mittelst dessen bedungen ist, daß wenn der Käufer nicht zu bestimmter Zeit zahlet, er von dem Verkäufer das auf Abschlag bezahlte zurück zu fordern nicht berechtiget seyn solle (d).

(a) VOET *ad ff. Tit. de Lege commissoria* §. 3. TITIUS *ad Lauterbach* Obs. 525. Herr von PUFENDORF Part. I. Obs. 59. Herr MADIHN *de Effectu legis commissoriæ parte pretii soluta* §. 7. 8.

(b) FABER *in Rationalibus ad* L. 4. §. 1. *de Lege commissoria* LAUTERBACH *C. T. P. d.* Tit. §. 14. HURER *ad ff. d. tit.* num. 3. COCCEJUS *Jur. controv. d. tit.* Quæst. 8. BEYER *ad ff. d. tit.* Pos. 8. SCHILTER Ex. 30. §. 54. BERGER *in Resolut. Tit. de lege commissoria* qu. 5. LEYSER Spec. 197. Coroll. 4. HEINECCIUS *ad ff. d. tit.* §. 275. HELLFELD *Jurisprud. for.* §. 1009.

(c) Herr MADIHN *d. l.* §. 2.

(d) VOET *ad ff. d. l.* MULLER *ad Struv.* Ex. 23. th. 37. lit. C. Herr MADIHN *d. l.* §. 5. 7.

CXXXVI. Bedenken.

Welchen Beweis machen der Juden Handelsbücher wider Christen?

Wenn die Juden mit Christen zu thun haben, so versaget ROESENER de Libris mercatorum Cap. 15. num. 79. ihren Handelsbüchern allen Glauben. Hingegen leget ihnen das Kayserl. Cammergericht Vim semiplenæ probationis bey, wie also Herr B. von CRAMER Tom. II. Obs. 507 bezeuget: Si

Judæorum

Judæorum libri mercatorii legitima requiſita habent, ratio non ſubeſt, cur minus quam ſemiplene probent, atque adeo ad juramentum ſuppletorium non admittantur Judæi. Domini majorem ſemiplena probationem requiri non cenſuere, ſed ſufficere putarunt, modo linguæ Hebraicæ & ſtyli mercatilis periti adhibeantur, juramentoque obſtringantur. Die dritte Meynung iſt derjenigen, welche dafür halten, daß dieſen Büchern nur alsdenn ein ſolcher Glaube beyzumeſſen, wenn Adminicula und Præſumtiones hinzutreten (a), in deren Ermangelung ſie aber nur die Würkung haben, daß der Gegentheil ſich mittelſt Eydes reinigen muß (b), und alſo iſt von der Königl. Hannöverſchen Juſtiz-Canzley in Sachen Iſaac Iſraels Ehefrau wider Körber anno 1767. erkandt, weil, wie bereits oben im LXVII. Bedenken angemerket worden, das Zeugniß eines Juden wider einen Chriſten nicht ſemiplene probiret.

(a) COCCEJUS Vol. II. Reſp. 287.

(b) BERGER *E. D. F.* WERNHER *P. I. O.* 193.

CXXXVII. Bedenken.

Von einem aus groſſer Armuth begangenen Diebſtahl.

Chriſtian Rave ſtieg in eine Kammer zwölf Fuß von der Erde, durch ein, ſeinem Angeben nach, offenes Fenſter, allwo er, nebſt verſchiedenen Eßwaaren zwey Frauenhemder und eine Küſſebühre entwendete, welches alles auf 3 Thlr. 21. mgl. $1\frac{3}{8}$ pf. taxiret wurde. Bey geſchehener Hausſuchung wurden die geſtohlene Sachen in ſeinem Hauſe gefunden, und er bekannte den Diebſtahl. Schützete aber vor, daß ihn die äuſſerſte Armuth, und der Mangel an Lebensmitteln dazu genöthiget habe. Es entſtund alſo die Frage, wiefern dieſer einen Dieb entſchuldiget? Nun war keine ſolche Armuth erweislich, daß der Inquiſit ſtehlen, oder mit den Seinigen Hungers ſterben müſſen, und nur dieſe befreyet denjenigen von der Strafe, der ſich fremden Guths heimlich, oder mit Gewalt bemächtiget hat (a). Aber keine unüberſteigliche Noth wird zur Milderung der Strafe erfordert. Der Inquiſit führete zu ſeiner Vertheidigung an, daß er ſeit einigen Tagen mit Frau und Kindern kein Brod gehabt, zu einer Zeit, da die letztere an den Blattern krank lagen, und die Mutter täglich ihre Niederkunft erwartete. Dieſe betrübte Umſtände fande man der Wahrheit gemäß zu ſeyn, und die Beamte atteſtirten, daß der Inquiſit bettelarm wäre. Bey welchen Umſtänden nicht abzuſehen, wie er durch Arbeit oder durch Bet-

teln seinen und der Seinigen Mangel abhelfen können. Es thut auch nichts zur Sache, daß, nebst den Eßwaaren, einiges weniges Zeug gestohlen worden, da solches geschehen, um Lebens-Unterhalt zu erlangen, der Inquisit nicht alles auf der Kammer gefundene mitgenommen, sondern seinen Sack kaum zur Hälfte angefüllet hatte (c). Die mehreste Diebe stehlen zwar aus Noth; aber diese veranlassen sie durch ihre Faulheit und liederliches Leben. Eine andere Bewandniß hat es mit demjenigen, der das Brod durch seiner Hände Arbeit verdienen muß, und den betrübte Umstände ausser Stand setzen, sich und die Seinigen zu ernähren. Der dadurch veranlassete Diebstahl ist weniger strafbar, als wenn keine Unglücksfälle dazu Gelegenheit gegeben haben, maßen vielfältig ein solcher auch durch Betteln sich nicht helfen kann (c). Der Inquisit wurde daher weil er einen Bruch hatte, auf zwey Jahre in das Zuchthaus verdammet.

(a) GRANZIUS *in Defensione inquisitorum* Cap. 6. M. 2. §. 2. Art. 8. num. 284.

(b) KRESS *ad C. C.* Art. 166. Herr *J. S.* BOEHMER *ad Carpzov* Quæst. 83. Obs. 3.

(c) KRESS *d. l.* BOEHMER *d. l.*

CXXXVIII. Bedenken.

Wiefern Handwerker Kaufmannschaft treiben dürfen.

Einen zwischen der Kaufmannsgilde und den Posamentirern zu Göttingen entstandenen Rechtsstreit hat der Stadt Magistrat am 30sten Octob. 1765. dahin entschieden, „daß die leztere verkaufen mögen 1) alle Posamentirer-Waaren, so sie selbst machen, oder von andern Orten kommen lassen, 2) allerhand schwarze und weisse Spitzen, 3) die rohe Materialien, woraus Posamentirer-Waaren gemachet werden, als Seide, Wolle, Kameelgarn und Zwirn, imgleichen 4) goldene und silberne Tressen und Spitzen, 5) im Lande gemachtes Linnen, und endlich 6) solche lederne Handschuhe, wovon das Paar im Einkauf bis 2 Ggr. kostet: Daß aber Haarbeutel, Soubisen, gemachte Blumen, allerhand Arten von Schnupftüchern und Strümpfen zu den Posamentirer-Waaren nicht zu rechnen sind.„ Von diesem Rechtsspruch appellirten die Posamentirer an die Königl. Hannöversche Justiz-Canzley, welche am 11ten Dec. 1767. erkandte: „Nachdemmahlen die Handwerker Kaufmannschaft zu treiben,

und

und mit Waaren, die sie nicht verfertiget haben, zu handeln unbefugt sind, der Vertrag und Königl. Regierung Confirmation desselben von 1738. denen Posamentirern solches auch, ausser den Posamentirer-Waaren, nur mit denen darin ausdrücklich benannten erlaubet, so verbleibet es billig bey dem Judicato a quo, es könnten denn Appellanten erweisen, daß die Haarbeutel, Soubisen, Blumen und andere in dem Vergleich von 1738. nicht benannte Waaren, womit zu handeln sie sich anmassen, entweder Posamentirer-Waaren sind, welche zu verkaufen die Schnurmacher in Teutschland hergebracht haben, oder daß damit zu Göttingen jedermann handeln darf. Die Rationes decidendi waren folgende: Denen Handwerkern wird gemeiniglich nicht erlaubet, nebst ihrem erlernten Handwerk, einige andere Handthierung, vielweniger aber Kaufmannschaft zu treiben (a). Die Appellanten, welche eine Ausnahme von dieser Regel behaupten, und mit Haarbeuteln, Soubisen, Blumen und andern von ihnen nicht verfertigten Waaren handeln wollen, müssen daher selbige erweisen. Dieses konnte mittelst des Vergleichs und dessen Confirmation Königl. Regierung von 1738. keinesweges geschehen, da sie solcher Waaren überall keine Meldung thun, & opifices sibi imputare debent quod legem conventioni apertius non dixerint (b). Gleichwie den Schneidern nicht erlaubet wird, ganze von ihnen gemachte Kleider zu verkaufen (c), so ist noch weniger alles dasjenige eine Posamentirer-Waare, wozu etwas von ihnen fabricirtes gebrauchet wird, massen sie sonst mit Tressen und Schnüren besetzte Kleidungen verkaufen dürften. Die Rechte der Handwerker sind hauptsächlich aus dem Gebrauch zu erlernen (d), und deswegen wurde ein Beweis erfordert, was die Schnurmacher an den mehresten Orten in Teutschland hergebracht haben. Als sich die Appellanten beschwerten, daß ihnen der Handel auf den Jahrmärkten nicht verstatten sey, und deswegen Beweis führen wollten, wurden sie bedeutet, daß es dessen nicht bedürfe, weil ihnen niemand daselbst zu handeln untersaget habe (e).

(a) STRUV *Decisiones juris opificiarii.* Herr B. von CRAMER in den Nebenstunden Part. XXI. & XXV.

(b) Herr B. von CRAMER *d. l.* Part. XVII.

(c) STRUV *d. l.*

(d) BEYER von Handwerks-Rechten und Gewohnheiten Cap. 7. §. 1. num. 447.

(e) ZIEGLER *de Juribus majestaticis* Lib. I. Cap. 42. §. 2. *JCti Hallenses* Tom. I. Lib. I. Cons. 320. num. 2. WILDVOGEL Resp. 229. num. 16. WERNHER Part. IV. Obs. 199. LEYSER Spec. 679. Med. 7. 8.

CXXXIX. Bedenken.

Privilegien können zum Besten derjenigen, welchen sie ertheilet sind, durch Gesetze eingeschränket werden.

Es kann zwar ein Landesherr die durch Verträge und Privilegien seinen Unterthanen ertheilte Rechte ihnen durch Gesetze nicht nehmen, wenn er gleich in den Gedanken stehet, daß die gemeine Wohlfahrt dadurch befördert werde, weil seiner gesetzgebenden Gewalt Schranken gesetzet sind. Ob gleich es demnach heilsam wäre, wenn die gemeine Lasten von allen Unterthanen mit gleichen Schultern getragen würden, so ist es dennoch höchst widerrechtlich die in den Landtages-Abschieden gegründete Freyheit der Adelichen Güther zu schmälern (a). Eine andere Bewandniß hat es aber, wenn zum Besten des Privilegirten etwas verordnet wird, um zu behindern, ne re sua male utatur. Also kann der Landesherr den privilegirten Brauern die Braugerechtigkeit nicht nehmen, wohl aber verfügen, daß den bey der Uebung solches Rechts eingeschlichenen Misbräuchen abgeholfen werde. Er muß denen, welchen die Jagd-Gerechtigkeit zustehet, solche gönnen. Mag aber deren Gebrauch währender Hegezeit ihnen verbiethen, damit zu ihrem eigenen Besten das Korn nicht vertreten, und der Zuwachs des Wildes behindert werde. Als demnach in den Chur-Braunschweigischen Landen aus Beysorge, daß die herum vagirende Zinnengieser durch ihre verfertigte untaugliche und mit keinem bey den Gilden sonst gewöhnlichen Zeichen bemerkte Waaren, die Unterthanen verkürzen würden, selbigen durch ein Edict die Handthierung in hiesigen Landen verbothen wurde, und deswegen die Hannöversche Zinnengiesser diese Leute in den Freidörfern des Amts Coldingen pfändeten, deren Einwohner sich aber darüber deswegen beschwerten, weil vermöge ihrer Privilegien man sie nicht nöthigen könne, die Hannöversche oder einige andere Handwerker zu gebrauchen, mithin das angeführte Edict auf die Freidörfer keine Anwendung finde, so wurde anno 1767. von Königl. Hannöverscher Justiz-Canzley das Gegentheil erkandt, und ihre Befugniß auf die Freyheit eingeschränket, sich anderer als der Hannöverschen, jedoch zunftmässiger Zinnengiesser mit Ausschliessung der herum vagirenden, zu bedienen. Ob eine wahre Ratio politica dergleichen Verordnungen erfordert, darüber hat kein Justiz-Collegium zu erkennen, wie oben angemerket worden.

(a) Meine Nebenstunden Part. III. Sect. 13. §. 17. und die Rechtliche Bedenken Part. II.

(b) Chur-Braunschw. Landes-Ordnungen Cap. IV.

CXL. Bedenken.

Eine ertheilte Anwartschaft und Eventual-Belehnung verhindert den Lehnsherrn nicht, in die Veräusserung des Lehns zu willigen, auch es zum Besten des Besitzers in Erbe zu verwandeln.

Diesen in des I. Theils LXXXIX. Bedenken von mir behaupteten Satz hat jüngsthin die Chur-Maynzische Juristen-Facultät in einem ertheilten Responso folgendergestalt bestritten: „So viel hiernächst Sententiam Leyseri, Bornii & aliorum concerniret, lässet sich dawider denen Principiis feudalibus gemäß mit gutem Grunde anführen, daß wann einmal richtig ist, quod per investituram abusivam exsurgat pro investito verum jus in re, resultetque ex hoc jure rei-vindicatio utilis, ceu istam Struviorum patris & filii aliorumque juris interpretum, præprimis veterum hæresin, qua investituræ abusivæ aut eventuali effectum transferendi dominii denegant, & ex ea tantum jus ad rem, & actionem personalem orrii opinantur, post studium antiquitatum Germanicarum magis excultum unanimi consensu optimorum jurisconsultorum Gudelini, Finckelthusii, Eybenii, Schilteri, Hornii, Titii, Gundelingii, Heineccii & ceterorum jamdiu profligatam, Bauer de Indole & natura investituræ feudalis §. 35., præsertim si talis investitura clausalis jus in re aperte indicantibus munita sit, gleich solches in substrato der wörtliche Inhalt des Lehnbriefes de anno 1667.: Er und seine Mitbelehnte dann als jetzo, und jetzo alsdann mit denen Güthern belehnet seyn und bleiben sollen; Ferner solches Lehn alsdenn für sich selbst zu ergreifen, und sich darin besitzlich zu setzen. Wie die dagegen in casum alienationis a vasallo cum consensu domini directi factæ vorwendende Distinction, hoc jus in re tantum exsurgere in ipso momento vacaturæ, ad hoc ut feudum contra dominum directum, qui id sibi sumsisset, vel alteri concessisset, revocari valeat, neutiquam vero in ipso momento investituræ ad hoc, ut feudum consentiente domino directo a vasallo possessore in alium transferri non possit, einigermassen nimis subtilis, und in fraudem expectivati ejusque juris quæsiti ersonnen scheinet, eben also ist das zu Begründung der anderseitigen Meynung hervorgesuchte Detrimentum vasalli in eo consistens, quod vasallus feudum, de quo alius eventualiter investitus est, possidens in effectu per similem investituram deterior redderetur, si facultas cum consensu domini directi alienandi ipsi adimi vellet, ein Detrimentum vix non imaginarium, anerwogen der Vasallus zu der Alienation nicht das geringste Recht hat, sondern selbige allein consentiente domino directo zulässig ist, und allemahl a domino directo absque ulla injuria verweigert werden kann, folglich die Verba 1. feud. 27. §. si quis dummodo

eo vivente nullum detrimentum de feudo ſibi contingat; hieſelbſt nicht einſchlagen können, cum vaſallus ad facultatem alienandi nullum jus habeat, in quo per inveſtituram abuſivam detrimentum pateretur, ſed omne detrimentum in dominum directum redundet, qui ſibi facultatem aliter de feudo in caſum aperturæ diſponendi adimit, welches letztere Detrimentum gleichwohl vorbeſagte Autores allerdings zulaſſen, tribuendo abuſive inveſtitis actionem revocatoriam contra dominum directum Horn jur. feud. Cap. 12. §. 18. Born de expectativis Cap. 8. §. 38.„

Aber es wird denen hier angeführten Lehren vortrefflicher Männer ein ganz fehlſamer Sinn beygeleget. Sie reden keinesweges von der Inveſtitura eventuali, und dem Fall, wenn eine Belehnung nur auf den Eröfnungsfall geſchehen, ſondern von der ſymbolica, welche ſie abuſivam nennen, und ganz recht dafür halten, daß durch die Inveſtitur mit einem eröfneten Lehn der Vaſall, bereits vor der würklichen Uebergabe, deſſen Eigenthum erlange. Keinesweges aber hegen ſie die ihnen irrig beygelegte Meynung, als wenn durch die Inveſtitur mit einem Guth, ſo ein anderer beſitzet, der Inveſtitus deſſen Dominium utile überkomme. Vielmehr lehret EYBEN *Elect. Jur. feud. Cap.* 5. §. 21: Utrique inveſtituræ ſolenni tam ſymbolicæ, quam nudæ verbali commune eſſe docemur, ut ſi ſuper feudo nondum vacante interpoſita fuerit, nullum in re jus inde acquiratur. Er thut zwar hinzu: Neſcio ſane an non in univerſum ejusmodi inveſtituræ major vis ac efficacia attribui debeat, quam ſimplici pactioni de inveſtiendo, & ſane eandem vim, quam inveſtituræ alii abuſivæ, quoad facultatem apprehendendi poſſeſſionem tribuit Carpzovius. Sed cogitabimus alias; nunc manum de tabula. Aber auch dieſe Einſchränkung der Regul, wenn man ſie als richtig annimt, kömmt denen Herren Ictis Moguntinis nicht zu ſtatten. Denn CARPZOV Part. II. Conſt. 45. Def. 2. n. 5. will keinesweges, daß der abuſive inveſtitus die Poſſeſſion eines unerledigten Lehnes, in vito poſſeſſore, ergreifen könne, ſondern er verſtattet ihm nur ein erledigtes Lehn in Beſitz zu nehmen, welches in Zweifel zu ziehen, ich keine Urſache habe. Dazu aber wird eine Poſſeſſio vacua erfordert, wie ESBACH ad Carpzov d. l. bemerket, woran es mangelt, wenn das ehemalige Lehn in ein Erbe verwandelt, und als ein ſolches zu der Zeit beſeſſen worden, als es der abuſive inveſtitus in Beſitz nehmen wollen. Gleichergeſtalt behauptet STRYK de Inveſtitura abuſiva Cap 4. §. 13. talem inveſtituram eſſe conditionalem in caſum aperturæ contingentis, quæ eo ipſo momento, quo vacantia contigit, effectum exſerit. Es beziet ſich TITIUS in Jur. priv. Lib. XI. Cap. 5. §. 9. auf den SCHILTER ad Jur. feud. Alamann., welcher ad Cap. IV. §. I. ſchreibet: Inveſtituram, quam ſymbolicam dicimus, vulgo abuſi-

vam

vam vocant: und GUNDLING über SCHILTERI Inſtit. Jur. feud. ſaget ausdrücklich, der Herr gebe dem Vaſallen ein Prædium per traditionem ſymbolicam, mithin nimt er die Worte Inveſtitura abuſiva & ſymbolica pro ſynonimis, und will keinesweges, per inveſtituram eventualem ante aperturam feudi jus reale conferri. Von dieſer Eventual-Belehnung lehret BAUER d. l. §. 18., ante conditionis eventum dominii communionem in pendente eſſe, eoque demum tempore exiſtere incipere, quo vaſalli poſſeſſoris jus reſolutum eſt; Imgleichen Herr G. L. BOEHMER Princip. Jur. feud. §. 167, per inveſtituram eventualem conferri quidem jus in re & dominium utile in feudo alieno, ſed ſucceſſionis cauſa tantum, in eventum, quo extincta ſint jura omnium, quibus feudum eſt conſtitutum, auch Herr HELLFELD Jurisprud. feud. §. 120. 130. Inveſtituram conditionatam deferre dominium, licet non ſtatim efficaciter, conditione tamen exiſtente; welches der Lehnbrief auſſer Zweifel ſtellet, wenn darin die Belehnung nur auf den Eröffnungsfall geſchehen. Warum nun zu der Zeit, als der Mannſtamm des Poſſeſſoris erloſchen, kein Lehn mehr vorhanden, ſondern ſelbiges in Erbe verwandelt, ſo kann ſich der Fall nicht ereignen, auf welchen der Expectivirte belohnet iſt. Dieſes mag nur behindert werden, wenn der Vaſallus poſſeſſor in die Inveſtituram eventualem gewilliget hat, wie alſo lehret STRYK d. l. Cap. 4. §. 24.: illo conſenſu neglecto, irrita eſt inveſtitura, quatenus vaſallum reſpicit, und G. L. BOEHMER d. l. §. 169. mit folgenden Worten: Hæc majorem, accedente vaſalli conſenſu, vim ſortitur, & ſimilis redditur inveſtituræ, in cujus, pacto adjecto, tertio jus ſuccedendi datum eſt, adeo ut & ſucceſſor ſingularis in dominio directo eam agnoſcere teneatur; Daher dann die Clauſul des Lehnbriefes, jetzt als denn und denn als jetzt, zum Nachtheil des Vaſalli poſſeſſoris keine Würkung haben kann. Daß die Diſtinction inter translationem dominii in ipſo momento inveſtituræ & vacaturæ nimis ſubtilis, und in fraudem expectivati erſonnen ſey, wird mit nichts erwieſen. Sie gründet ſich in der Natur der Sache, und da der Expectivatus kein Recht zum Nachtheil des Poſſeſſoris feudi erlangen mag, ſo kann man dieſem keinen Fraudem beymeſſen, wenn er die Verwandlung des Lehns in Erbe auswürket.

Vergebens wird eingewandt, daß ſelbiger den Lehns-Herrn nicht nöthigen könne, zu Veräuſſerungen ſeinen Conſens zu ertheilen. Denn daß das Wort Detrimentum 1. feud. 27. nicht nur von dem Schaden zu verſtehen, welchen die Entziehung eines erworbenen Rechts verurſachet, ſondern auch von dem Verluſt eines gehoften Vortheils, habe ich in dieſer Rechtlichen Bedenken I. Theils 89. Bedenken angemerket, und ein ſolcher Vortheil iſt allerdings die

Disposition super feudo cum consensu domini, welcher nicht leicht einem Lehnmann versaget wird, wenn die vorhabende Handlung dem Lehnsherrn keinen Nachtheil bringet.

CXLI. Bedenken.

Von der Verwandlung des Lehns in Erbe.

Hievon wird in dem eben angeführten Responso Moguntino gesaget: „Es ist ohnläugbar, daß nachdem die alte Art mit Vasallen die Kriege zu führen, und deren allezeit eine genugsame Anzahl in Bereitschaft zu haben, sofort auch die antiqua ratio Canonum concedentium Episcopo facultatem conferendi feuda aperta sine solennitate, heut zu Tage völlig aufhöret, ein Prædium, so vorhin Res infeudari solita war, per Capitulationem Episcopi cum Capitulo ad classem rerum non amplius infeudatarum, und zwar zum offenkündigen Nutzen des Hochstifts, und Besten der Nachfolger an der Regierung, cum & nova infeudatione Ecclesiæ nec minimum hodie utilitatis accedat, kann gezogen werden, gleichwie solches die tägliche Praxis, und die mit fast allen Erz- und Bischofen Teutschlandes auf diese Art errichtete Capitulationen zum deutlichsten bewehren, mithin ein solches zur Verbesserung derer Landes-Einkünfte und Nutzen des Landesherrn gereichendes Pactum für eine ungebührliche, und ansonsten verbothene Einschränkung des Landesherrlichen Gewalts, quicquid scripserunt Buder in Diss. de Capitulationibus Episcoporum Germaniæ, Moser im Staatsrecht Tom. XI. Reinhard ad Christinæi Decisiones Vol. I. Obs. 14. und Strube in den Nebenstunden Part I. & Part. III. keinesweges kann angesehen werden.

Die Herren Jcti Moguntini pflichten also demjenigen bey, was in meiner Rechtlichen Bedenken II. Theils 38. Bedenken von dem heutigen geringen Nutzen der Lehndienste behauptet worden. Sie ziehen aber eine andere Conclusion hieraus, als ich, nemlich diese, daß, an statt die Lehne in Erbe zu verwandeln, selbige den Bischöflichen Tafelgüthern einzuverleiben sind, und deswegen solches in den Bischöflichen Capitulationen mit Recht bedungen werde. Nun hat es eine andere Beschaffenheit mit den Lehngüthern, welche ausser des Lehnsherrn Lande belegen sind, die man Feuda extra curtem nennet, und denen der Stiftischen Landeshoheit unterworfenen. Was jene anlanget, so erlaubet billig kein Landesherr auswärtigen Fürsten, die Bauerhöfe, welche er in seinem Lande hat, wenn sie ihm heimfallen, ohnbesetzt zu lassen und einzuziehen, mithin solchergestalt die Zahl der Landes Unterthanen zu vermindern, sondern

es

es müssen sie Leute cultiviren, welche die gemeine Lasten davon abtragen, und gleiche Bewandniß hat es mit den Ritterlichen Lehngütern. Ist gleich heutiges Tages der Lehndienst von geringem Nutzen, so bringet jedoch die Conservation des Adels Land und Leuten grossen Nutzen. Mit diesen werden die wichtigste Civil- und Militair-Aemter besetzet, und wenn die Geschlechter ausgehen oder verarmen, so feblet es an Leuten, die dozu tüchtig, und vermögend sind, ihren Kindern eine Erziehung zu geben, welche sie geschickt machet, dem Vaterlande zu dienen. Die mebreste von Adel besitzen Güther, mit denen ehemals andere erloschene Geschlechter belehnet gewesen (a). Hätten die Lehnsherren diese eingezogen, wie schlechte Figur würden denn deren jetzige Besitzer machen. Nicht nur die Landesherren, sondern der gesamte Teutsche Adel bat Ursach solche Capitulationen, welche, wider das alte Teutsche Herkommen (b), die Einziehung der erledigten Lehngüther erfordern, nach Möglichkeit zu bestreiten.

Alle diese Gründe finden auch in Absicht auf die der Bischöflichen Landesbobeit unterworfene Lehne Platz. Es stehet kaum zu begreifen, wie die mit adelichen Thumherrn besetzte Thum-Capitul sich entschliessen können, den ibrigen so verderbliche Capitulationes denen Bischöfen aufzudringen. Mittelst selbiger muß es dermahleins dahin kommen, daß nur wenige Familien sich zu Thum-Präbenden qualificiren können. Insonderheit aber gereichet solches denen Bischöfen zum Nachtheil. Diesen entziehet man dadurch die ihnen zustehende Befugniß von denen erledigten Lehnen nach Willkühr zu disponiren (c). Könnte auch ein Guth mit Beybehaltung der Lehns-Qualität jemand, gegen Erlegung einer Summe Geldes, verliehen werden, so gebühret jedoch auch diese dem Bischof. Alle Capitulationes, wodurch dessen Rechte geschmälert werden, sind aber von den Päbsten und Kayfern cassiret (d).

(a) Herr von HONTHEIM in Prodromo Histor. Trevir, Part. I. Meiner Nebenstunden III. Theil XIV. Abhandlung §. 18.

(b) GUNDLING über *Schilters Instit. Jur. feud.*

(c) Meiner Nebenstunden I. Theils I. Abhandlung §. 16.

(d) LUNIGII *Selecta scripta illustria.*

CXLII. Bedenken.

Von den Erfordernissen des Domcapitularischen Consens in die Verwandlung eines stiftischen Lehns in ein Erbenzinsguth.

In dem Responso Moguntino lässet man sich hievon I. also vernehmen: „Es ist vonnöthen, daß jene Herren, deren Einwilligung abgefordert wird, ad Capitulum eingeladen worden, und zwar, wenn die Berathschlagung und Einwilligung einige Veräusserung der Kirchen-Güther zu ihrem Gegenstand hat, müssen alle Herren Capitularen ausdrücklich berufen werden, gleich hierüber Barthel Diss. de Rebus ecclesiæ non alienandis Art. 3. §. 5. die Frage aufstellet, und diese Meynung mit folgendem gründlich verfechtet: Utrum vero in actu alienationis adeo necessaria sit vocatio absentium ut, eorum aliquo non vocato, possit ab ipso tanquam spreto actus irritari; negativam quidem tenet Glossa vers. iplorum & cum aliis PASSERIN ad eand. Glossam, quod in tribus duntaxat a Glossa prædicta expressis casibus, nempe electionis, receptionis Canonicorum, & cessationis a Divinis, hæc citatio necessaria sit, eo quod in his tantum cautum reperiatur in jure, ut absentes vocari debeant: & quidem superfluum alias fuisse talem legem in dictis casibus imponi, si generaliter ea locum haberet in quocunque actu Capitulari. Contrariam tamen & affirmativam sententiam tenent alii, quod in actu alienationis bonorum Ecclesiasticorum requiratur vocatio absentium, quia, etsi in tribus casibus prædictis exprimatur illorum vocatio a jure, tamen non idcirco excluſi dici possunt casus alii, præsertim ardui, in quibus eadem necessariæ hujusmodi vocationis ratio militat, ut recte advertit PANORMIT. Cap. 2. de nov. oper. nuntiat. aliique relati in terminis alienationis apud Rotam in Decis 887. n. 6. coram Merlin, quibus calculum meum, appono, maxime dum agitur de casu valde notabilis alienationis; nam cum debeat prospici utilitati Ecclesiæ, vel averti magnum ejusdem detrimentum, debeant utique adhiberi media, ad eundem finem conducentia, & si rei gravitas debet esse regula vocandorum vel non vocandorum, proin casus illos tres in jure expressos, non tam taxative & exclusive, quam & magis demonstrative positos esse, censeri debet.

Allein die Rationes dubitandi des Herrn Barthel sind weit stärker, als die Rationes decidendi. Es werden in allen Collegiis der abwesenden Stimmen nicht beachtet, sondern secundum majora der anwesenden die Schlüsse abgefasset. Dieses geschiehet auch in den wichtigsten Geschäften, wenn Krieg oder Friede beliebet werden soll. Wer eine Ausnahme von der Regul angiebet, muß sol-

che erweisen. Es fehlet aber so viel, daß sie, was die Capitul betrift, in jure Canonico enthalten, daß dieses vielmehr nur in gewissen Fällen eine Convocationem absentium erfordert, quæ exceptiones firmant regulam in non exceptis. Ab identitate rationis lässet sich hier nicht schliessen, weil solches nur geschehen kann, ubi ratio legis in sua generalitate est considerata (a). Hätte man eine Convocationem singulorum absentium erfordert, so oft die Beförderung des gemeinen Bestens der Berathschlagung Vorwurf ist, warum wird sie denn nur in drey Fallen befohlen? die Electio Prælati und Cessatio a divinis sind solche wichtige Sachen, daß diese besondere Verordnung unnöthig wäre, wenn es der Convocation in allen arduis negotiis bedürfte. Alsdenn müste sie in den mehresten Fällen geschehen, mithin könnten unmöglich die Geschäfte so schleunig berichtiget werden, als es die Wohlfahrt der Kirche erfordert. In einigen Capituln mag solche Convocation sofern hergebracht seyn, daß man, wenn eine Capitularische Einwilligung in Alienationes erfordert wird, die der Zeit ausser der Stadt abwesende Capitulares schriftlich, die in der Stadt befindliche aber mündlich, mit Eröfnung der Ursachen, verabladet, und von denen zu erscheinen legaliter verhinderten ihre Vota schriftlich einzusenden begehret. Ein Herbringen, vermöge dessen derer ausser Landes befindlichen schriftliche Vota einzuhohlen, wird man aber nimmer erweisen.

Die Herren JCti Moguntini wollen ferner II. behaupten, „daß die Mehrheit der Stimmen nicht hinreiche, eine Veräusserung der Kirchen-Güther zu rechtfertigen, si a paucioribus & inferioribus aliquid rationabiliter objectum fuerit & ostensum.

Wenn die Teutsche Thum-Capitul die Folgen des Satzes, non valere majora, si minora sunt magis rationabilia, reiflich erwegen, so werden sie sich überzeuget finden, daß selbige ihnen die nachtheiligste sind. Es schreibet Herr von ICKSTATT *de Jure majorum in conclusis civitatis formandis* §. 38.: Ubi suffragia unanimia desiderantur, concluſa vix aut raro formatum iri, res ipsa loquitur, quod cum absurdum sit, finique civilis societatis repugnet, modum, non nisi per unanimia in publicis civitatis negotiis concludendi in republica lege stabilire aut recipere, utique, pro moderno rerum humanarum conditione, absurdum dicendum erit; Er behauptet aber §. 46. daß die Sache in Collegiis subordinatis practicable sey, quia imperans ex pluribus suffragantium sententium eam probare, atque eligere poterit, quam scopo societatis & bono communi omnium optime congruere judicavit, rejectis reliquorum, numero licet majorum

ſuffragiis, tanquam ad finem conſequendum minus apta continentibus. Wo bliebe aber die Gewalt und das Anſehen der Capitul, wenn ſo oft ein oder mehrere Contradicentes vorhanden, nicht das Collegium, ſondern der Biſchof, oder auch, dafern von ſeinem Ausſpruch appelliret würde, die Reichs-Gerichte, oder in geiſtlichen Sachen der Römiſche Hof darüber zu erkennen hätten, ob die minora ſaniora ſind? Es ſchreibet hievon gründlich BOEHMER J. E. P. Lib. III, Tit. XI. §. II. Quæ de votis ſanioribus traduntur, ex eorum numero ſunt, quæ in praxin deduci nequeunt, tum quia majora præſumuntur ſaniora, tum etiam quia quæ ſunt ſaniora, in hoc ſtatu corrupto accurate determinati nequit. Imo ſi præter majora etiam ſaniora requiruntur, rurſus indicimus in easdem difficultates, ad quas præcavendas recta ratio majora præferenda, & pro conſenſu totius collegii accipienda eſſe voluit.

Endlich III. heiſſet es in dem Reſponſo Moguntino von dem erforderlichen Tractatu und der Domcapitulariſchen Deliberation: Utut conſenſus Capituli ſufficienter probetur ex litteris ſuper alienatione confectis, & ſigillo Capituli appenſo, aut Decani ſubſcriptione nomine Capituli facti munitis, ſi tamen Capitulum negaret conſenſum ab ipſo unquam petitum, vel conſenſum eſſe, eamque negationem juramento firmaret, litteræ illæ vim probandi perderent, plusque depoſitionibus & probationibus Capitularium, quam ſcripturæ crederetur, per textum convenientem & appoſitum in Cap. 3. & 5. de Probationibus, ubi caſus ſic proponitur, & ita reſolvitur, cujus argumentum idem ſtatuendum eſt, ſi Capitulum qualitatis ad conſenſum neceſſariæ v. g. tractatum prævium neutiquam diligentem, ſed ſuperficialem duntaxat, & tumultuarium fuiſſe, & conſenſum ſubſecutum per vota categorica, pura & legitima præſtitum non fuiſſe, atque a majori parte quidem præſtitum, ſed a minore proteſtatum & contradictum, hacque contradictione non attenta ad concluſum & conſenſum illico tranſultum eſſe, iniquit Barthel cit. Diſſ. Art. 3. §. 7. Seine Meynung beſtärket vorgelobter Autor an angezogener Stelle, mit folgenden Rechtsgründen: Quando agitur de probando eo, quod geſtum fuit in Capitulo vel congregatione, in ſubſidium teſtium, utpote qui ad tractatus & conventus Capitulares admitti non ſolent, illi ipſi, qui Capitulo interfuerant, ad teſtimonium recipi poſſunt & debent, ut tradit ex communi Canoniſtarum & Civiliſtarum longo prætexo catalogo Farinacius de Teſtibus Lib. II. Tit. 6. Art. 6. num. 429., præcipue ſi Capitulares vel in ſacerdotio vel alio ſacro ordine conſtituti, ſimul & generis nobilitate illuſtres ſunt, qui præſumuntur omni exceptione majores, præterea, ſi agatur de facto tali, quale eſt factum alienationis geſtum, quod Capitulum & Capitulares, qui eidem conſen-

conſenſerunt, omnio revocare poſſunt, imo tenentur, uti habet textus notabilis in Cap. 6. de Rebus Eccleſiæ non alienandis.„

Daß man aber 1) nach abgegebenen Votis über dergleichen Geſchäfte in demſelben Capitulken Concluſum abfaſſen dürfe, ſtehet nicht zu erweiſen. Es lehret vielmehr STREINIUS in Summa juris Canonici Part. II. Tit. 17. §. 3. num. 2.: Non exiſtimandum eſt, tres neceſſarios eſſe tractatus, niſi conſuetudo id velit, ſed unum ſufficere communiter Doctores tradunt. Sufficit majoris partis conſenſus eorum, qui præſentes ſunt; und ESPEN Jur. Eccleſ. Univ. Part. II. Tit. 36. Cap. 4. §. 16.: Unum duntaxat tractatum requirit Decretum, eumque ſufficere monet Rebuffus, niſi tamen ſpecialis alicujus ordinis conſtitutio, qualis eſt Benedictinorum, vel eccleſiæ conſuetudo plures tractatus exigeret.

Was 2) das Zeugniß der Capitularen anlanget, ſo kömmt es, wenn ſie auch zu demſelben zu laſſen wären, auf die Anführung einer hinlänglichen Rationis ſcientiæ an. Iſt eine Sache gehörig vorgetragen, und ſind von allen Mitgliedern des Collegii die Stimmen gewöhnlicher maſſen abgegeben, ſo kann man nicht ſagen, es ſey tumultuariſch zugegangen, ob gleich der Schluß durch keine einmüthige Stimmen gemachet iſt, und daher ein Wortwechſel entſtanden. Ob ſeine Deliberatio diligens oder ſuperficialis geweſen, mag ein jeder von ſich ſelbſt, nicht aber von jedem andern wiſſen. Daß man ſich prompt mit wenigen Worten entſchlieſſet, daraus erhellet keinesweges, daß es ohne vorgängige Ueberlegung geſchehen. In wichtigen Sachen unterrichten diejenige, welche etwas verlangen, gemeiniglich die Membra Collegii von den Umſtänden, bevor ſolche zur Propoſition gebracht werden. In keinem Collegio wird erfordert, daß jedes Mitglied weitläuftig mit Anführung der Rationum dubitandi & decidendi votire. Iſt dieſes ein Requiſitum der Thumcapitulariſchen Conſenſe, ſo können ſie alle entkräftet werden, folglich gehen alle Handlungen, und auch die mit andern Reichsſtänden errichtete Verträge übern Haufen, wobey die Stifter ihre Convenienz nicht finden. Solchenfalls iſt es unmöglich ſie in Verbindlichkeit zu ſetzen, wenn der mit ihnen contrahirende Theil nicht bey Abfaſſung der Capitularſchlüſſe gegenwärtig iſt, und die angenehmſte Deliberationes mit anhöret.

(a) HORND *de Interpretatione juridica* c. 3. §. 8. n. 3.

CXLIII. Bedenken.

Von dem Unterschied zwischen Burgfesten, Landfolgen, und Kriegerfuhren.

Das Wort Burgfeste giebet schon zu erkennen, daß diese Dienste zum Bau und zur Erhaltung der Bürge gewidmet sind. Zur Zeit des Faustrechts fanden sich alle Fürsten, Grafen und Herren genöthiget, ihre Wohnungen zu befestigen, und Bürge daraus zu machen. Dieses gereichte mit zur Sicherheit der Unterthanen, welche deswegen nicht verweigern konnten, die dazu erforderliche Dienste zu leisten. Sie waren so nothwendig, daß wenn Fürsten und Herren andern, und besonders den Geistlichen, Bauren abtraten, ihnen dennoch diese Dienste verblieben, wie denn Herzog Henrich der Löwe als er 1169. die Episcopatus transalbinos errichtete, sich vorbehielte, ut coloni eorum Borchwerc operentur (a), und in einem Diplomate desselben von 1170. heisset es: Ab his, quæ jure Ducatus nos contingunt, ista nominatim excludimus, videlicet expeditionem, forense placitum, quod marckthing vulgo dicitur, & castrorum munitiones, quas vulgariter Burgwerck vocamus (b). Im Jahr 1217. gab Albrecht Graf zu Ratzeburg der Kirche Colonos, eo tamen in eis jure retento, quod ad munitionem casti Löwenburg tantum plantas (oder nach HALTAUS wahrscheinlicher Meynuug, Plancas) ducere, & non alia servicia facere tenentur (c), und in einem Contract von 1336, welchen Herzog Erich zu Sachsen-Lauenburg mit dem Ratzeburgischen Dom-Capitel errichtete, liesst man: Cum omnis terra Ratzeburg ad opus castri, sive ad Borgwerc fuit convocata, tunc magister structuræ ecclesiæ ad ipsum opus castrense faciet quantumcunque per sex mansos de terra Ratzeborg fuit faciendum (d). Diese Burgdienste werden nun noch heutiges Tages geleistet (e), und zwar, besage Hoyaischen Landtags-Abschiedes de 1697. Art. 17. bey den Schlössern, deren Brücken, Wällen, Graben, Thoren, imgleichen Amt- und Zollhäusern, Vorwerken, Schäfereyen, Gärten, Mühlen und andern dazu gehörigen herrschaftlichen Häusern und Gebäuden. Sind aber Festungen anzulegen, oder zu verbessern (welches heutiges Tages grössere Kosten erfordert, als ehmals) so reichen dazu die Burgfeste bey weitem nicht hin, daher in besagtem Hoyaischen Lantages-Abschied den Rechten gemäß versehen, daß wenn Schlösser zu rechten Festung gemachet, und also gebauet werden müssen, die Landfolgs-Dienste zu leisten sind.

Von den Burgfesten und Landfolgen sind die Kriegerfuhren unterschieden. Nimmt man das Wort im allgemeinern Verstand, so begreifet es selbige mit unter sich. Im besondern Verstande werden aber also die Fuhren genannt, welche nöthig sind, wenn eigene oder fremde Truppen durch das Land marschiren, auch wenn man deren bedarf Behuef Fortbringung Miliair- oder anderer dem Krieges-Etat zugehöriger Personen, Mondirung, Magazin Korns, Ammunition und dergleichen (f). Lateinisch heissen sie Angariæ und Parangariæ. Wenn daher zum Casernen-Bau die Burgfeste eines Amts hinreichen, so sind solche zu leisten, widrigenfalls aber andere Unterthanen dazu mit anzuhalten, und von ihnen Landfolgs- oder Krieger-Dienste zu erfordern.

(a) WESTPHALEN *Rer. Cimbr.* Tom. II.

(b) Ibid.

(c) Ibid.

(d) Ibid.

(e) TABOR Dec. 18. num. 10. KREBS *de Ligno & lapide* Part. I. Class. 7. Sect. 2. §. 2. num. 36. Herr von SELCHOW *Elem. jur. Germ.* §. 348. num. 4.

(f) Verordnung von 1706. in dem Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Krieges-Recht.

CXLIV. Bedenken.

Ob der Landesherr ohne erhebliche Ursachen seinem Bedienten den Abschied zu geben befugt ist?

Diese Frage wird von einigen deswegen verneinet, weil ein solcher Abschied denen Bedienten schimpflich ist, auch sie nicht selten an den Bettelstab bringet (a). Ich bin jedoch mit sehr vielen Rechtslehrern anderer Meynung, weil ein Bedienter Locator operarum ist, und Locationes gemeiniglich nicht auf Lebenszeit geschehen (b), daher solches keinesweges zu vermuthen. Der Vice-Canzler HUGO de Statu regionum Germaniæ Cap. 3. §. 34. schreibet hievon also: Pleraque officia non tam a legibus, quam a solo nutu principis dependent, - - Itaque ab illo abdicatus de injuria conqueri non potest. Ihm pflichten bey MEVIUS Part. II. Dec. 12. ZIEGLER de Juribus majestaticis Lib. I. Cap.

29. §. 7. HERTIUS de Parœmiis Germ. Lib. II. Paroem. 9. BOEHMER de Jure principis circa dimissionem ministrorum Cap. 2. §. 13. und KRESS de Jure officiorum Cap. 6. §. 4. Der Chur-Braunschweigischen Landes-Gewohnheit nach, sind auch die Bedienungen nicht unwiederruflich. Wegen der Beamten ist im Edict von 1719. ausdrücklich verordnet, daß ihrer Absetzung halber keine Processe zu verstatten, wenn sie nicht cum infamia geschiehet, und andere Civil- und Militair-Bediente werden vielfältig, wider ihren Willen, in Pension gesetzet. Das Argumentum ab ignominia ductum erweiset nichts, weil es zu viel erweiset. Denn die Ignominia, welche einem solchen Bedienten wiederfähret, ist nicht grösser, als diejenige, so ein Domestique erduldet, dem aufgesaget wird, oder einem Rechtsgelehrten und Arzt, an dessen Statt man einen andern gebrauchet, weil solches allemahl eine Unzufriedenheit von jemandens Diensten zu erkennen giebet, und ihm öfters sehr schädlich ist. Dennoch aber kann er es nicht verhindern. Denn dadurch wird nur die Existimatio intensiva, oder die Meynung, welche andere von ihm haben, gemindert, die niemand ex jure perfecto fordern, und sich im Gericht darüber beschweren kann, daß sie ihm entzogen worden (c). Nicht selten gereichet auch der Abschied eines rechtschaffenen Bedienten vielmehr seinem Herrn, als ihm zum Despect, und man kann den Gebrauch des strengen Rechts deswegen keinem untersagen, weil es einen andern unglücklich machet.

(a) Herr B. von CRAMER Tom. II. Obs. 628. RAVE *de Jure officii inprimis titulo oneroso quæsiti* §. 15. 16.

(b) Meiner Rechtlichen Bedenken I. Theils CLXXII. Bedenken.

(c) PUFENDORF *de J. N. & G.* Lib. VIII. Cap. 4. §. 11. 14.

CXLV. Bedenken.

Die gemeine Aenger gehören nicht nur den Bauren, sondern auch denen in den Dörfern befindlichen herrschaftlichen Vorwerkern und adelichen Güthern.

Vermöge Edicts vom 6ten April 1718. in den Chur-Braunschweigischen Landes-Ordnungen Cap. 3. müssen die Unterthanen der Cavallerie das zum Unterhalt der Pferde nöthige Gras in den Sommer-Monathen anweisen. Sie pflegen aber, an dessen Statt, selbige das Heu von einem Theil des gemeinen

Angers

Angers erndten zu lassen, und die freye Interessenten darin zu willigen, wenn für ihr Vieh noch Hut und Weide genug übrig bleibt. Die Gemeinde Grossen-Schneen vergnügte sich aber damit nicht, sondern machte mit den Dragonern einen Accord, vermöge dessen ihr nach eingeerndtem Heu der Grummet verbleiben sollte. Dieses wollte das dasige herrschaftliche Vorwerk nicht geschehen lassen, weil, so bald die Cavallerie das ihr gebührende Gras empfangen, der Dragoner-Anger zur gemeinen Hut und Weide offen liegen müsse, und sowohl das Vorwerk, als die Gemeinde berechtiget sey, ihn mit Vieh zu betreiben. Die letzte aber stunde in den Gedanken, der Anger, und alle übrige Gemeinheits-Plätze gehörten ihr, und das Vorwerk habe keinen andern Antheil daran, als die Mithude. Sobald ein der Gemeinde zugehöriger Platz in Zuschlag geleget werde, sey er für dasmahl von der gemeinen Weide ausgenommen.

Nun haben allerdings die mehreste Universitates gemeinschaftliche Weiden (a), und die Gerichts-Herrschaft ist nicht überall befugt, die gemeine Aenger mit ihrem Vieh zu betreiben (b). Stehet dem herrschaftlichen Vorwerk nur ein Jus pascendi zu, so ist diese Servitus stricte zu erklären, und den Eigenthümern erlaubet, Zuschläge zu machen, wenn dadurch des Vorwerks Vieh die nöthige Nahrung nicht entzogen wird (c).

Aber der Gebrauch eines Grundstücks wirket Præsumtionem dominii (d), mithin ist vielmehr zu vermuthen, daß das herrschaftliche Vorwerk wie Mit-Eigenthümer, als Servitutis jure bey der gemeinen Weide interessiret ist, wie denn auch gemeiniglich die adeliche Güther solchergestalt an den gemeinen Aengern Theil haben (e). Vermöge des Edicts von 1718., soll die Cavallerie der Gräserey nur bis ult. Augusti geniessen. Sie kann daher keinen Grummet verkaufen, weil er zu solcher Zeit annoch nicht geerndtet werden mag. Es ist deswegen 1768 erkandt: Daß dem herrschaftlichen Vorwerk an dem Anger qu. pro rata sua kein geringers Recht, jedoch auch kein mehrers, als der Gemeinde, folglich dieser dessen privativer Genuß keinesweges zustehet, noch selbige durch den mit den Dragonern getroffenen Accord die Befugniß erlangen können, nach Ablauf des August-Monaths den Anger zuzuschlagen, und den Grummet mit Ausschliessung des Vorwerks zu erndten.

(a) HAHN de Jure pascendi Th. XI.

(b) KLINGNERS Dorf- und Bauer-Recht Part. I.

(c) CARP-

(c) CARPZOV Part. II. Conſt. 41. Def. 6. STRUV de Jure ovium Sect. 3. Cap. 4. Th. 38. HERTIUS Vol. II. Dec. 262.

(d) KREBS Quæſt. Miſcell. Quæſt. 8. num. 2. HERTIUS Vol. II. Dec. 238. num. 1. WERNHER Tom. III. Part. I. Obſ. 10. num. 41. 42.

(e) HAHN d. l. STRUV d. l. Cap. 2. Th. 11. LEYSER Jur. Georg. Lib. III. Cap. 10. num. 8. 11.

CXLVI. Bedenken.

Ob Ländereyen, wovon Korn- oder Geldzinſe entrichtet werden, im Zweifel für Zins- Erbenzins- Meyer- oder Pachtgüther zu halten?

Viele wollen behaupten, daß Ländereyen, wovon ein Korn- oder Geldzins entrichtet wird, im Zweifel für Zins-Güther zu halten, quia in re dubia benigniorem interpretationem ſequi oportet (a), der Zinsmann aber dem Zinsherrn zu keinem mehreren, als der Entrichtung des Zinſes verbunden iſt, und des Guths nimmer entſetzet werden kann (b), mithin mehres Recht als der Erben-Zinsmann hat. Inſonderheit bemerket POTTGIESSER *de Stau & conditione ſervorum apud Germanos* Lib. II. Cap. 6. §. 16., Bona eccleſiæ cenſum ex illis percipientis pro cenſiticis eſſe habenda, quia ex hiſtoriis & innumeris documentis affatim liquet, majores noſtros religions fervore inflammatos in bonis ſuis eccleſiis paſſim cenſum annuum conſtituiſſe. Hingegen gab ein Stift ſolche Güther für bloße Pachtgüther aus, weil zur Erlangung des Erben-Zinsrechts ein ſchriftlicher Contract erfordert wird, welcher bisher nicht beygebracht war. Alle dieſe Vermuthungen ſcheinen mir ſchwach zu ſeyn. Es ſind zwar nicht wenige alte Urkunden vorhanden, in welchen die Eigenthümer, zum Beſten der Geiſtlichkeit, das ihrige mit Zinſen beſchweret haben, viel mehrere aber mittelſt deren Kirchen und Klöſtern ganze Güther und viele Manſi geſchenket worden, da denn keinesweges zu vermuthen, daß ſie die Bauren, welchen ſolche Gründe eingethan worden, zu deren Eigenthümern gemachet haben (c), weswegen auch, wenigſtens in den Braunſchweig-Lüneburgiſchen Landen, Zinsgüther ſelten anzutreffen. Eben ſo unerheblich aber iſt es, wenn man einen Pachtcontract vermuthet, weil kein ſchriftlicher vorhanden, noch die Requiſita juris canonici dargethan ſind, ohne welche kein Erbrecht von der Geiſtlichkeit verliehen werden mag. Denn 1) kann der Contract vor Einführung der fremden Rechte errichtet ſeyn (d). Oefter haben 2) die Landesgeſetze als Contracte aus politiſchen Urſachen

ſachen den Bauren ein Erbrecht mitgetheilet, welches ihnen ohne erhebliche Urſachen nicht genommen werden darf (e). Ich pflichte folgender Lehre BOEHMERI J. E. P. Lib. III. Tit. 18. §. 5. bey: Neque talis conceſſio eſt ſimplex locatio, nec etiam emphyteuſis ſecundum jus Romanum conſiderata, ſed negotium proprium ex moribus antiquis tractum, quod variat, & alibi jus colonarium, vel majoratus das Meyerrecht, alibi jus cenſiticum, alibi aliud jus conſtituit. Da nun in hieſigen Landen die mehreſte Zinsgüther Meyergüther ſind, ſo iſt ſolches im Zweifel von allen denjenigen zu vermuthen, welche mit Korn oder Geldzinſen beſchweret ſind.

(a) BERGER E. D. F. Tit. 40. §. 10. HEINECCIUS Elem. jur. Germ. Lib. II. §. 43. WEIDLER de Bonis cenſiticis Cap. 2. §. 32.

(b) LEYSER Spec. 102. Med. 1.

(c) Meine Commentation de Jure villicorum Cap. II. §. 1.

(d) Ibid. §. 2.

(e) Meine Acceſſiones ad Commentationem de Jure villicorum Acceſſ. 49. §. 5.

CXLVII. Bedenken.

Eine Weibesperſon, welche auſſer der Ehe mehrmalen Unzucht getrieben, kann nur von dem erſten Stupratore Satisfaction begehren.

Es iſt Hr. HOMMEL in Rhapſ. 19. anderer Meynung, weil 1) die Dotation ein Surrogatum ductionis iſt, und 2) das Wort Jungfrau in der Sächſiſchen Conſtitution generaliori ſenſu diejenige bedeute, welche weder Ehefrauen, noch Wittwen ſind.

Allein es iſt 1) die Dotation eine Entſchädigung wegen der, der geſchwängerten entzogenen Gelegenheit, eine Standesmäſſige gute Heyrath zu thun. Dieſe aber hat ſie durch die erſte Schwängerung bereits verlohren, und kann deswegen dem zweyten Stupratori nicht anmuthen, daß er ſie heyrathen ſolle, mithin kein Surrogatum der Ehe fordern. Ganz eine andere Bewandniß hat es 2) mit den Wittwen, die ſich nimmer eines Verbrechens theilhaftig gemachet haben, und deswegen vielfältig ſobald eine anſtändige Heyrath thun, als Jungfern. 3) Iſt mir nicht bekannt, daß Stupratæ, bevorab in Geſetzen,

Jungfern genennet worden. Herr HOMMEL gestehet 4) interpretationem suam doctrinalem esse paulo duriorem. Sie soll aber, tanquam æquior, recepta seyn. Die Billigkeit kann ich so wenig finden, als BOEHMER, welcher *J. E. P.* Lib. V. Tit. 16. §. 11. schreibet: Quæ secunda vel tertia vice stupro sese vitiandam præbuit, nullo nec favore digna, nec læsionem aliquam aut jacturam existimationis bonæ, quam post primum stuprum jam amiserat, incurrit, qua de causa ordinationes provinciales desiderant eine unberichtigte Jungfrau oder Wittwe. Es muß böse Folgen haben, wenn man Weibesleuten, die mehrmahlen Unzucht getrieben, eine Satisfaction zubilliget. Sie werden alsdenn so viel reicher, je öfter sie sich zum Beyschlaf bewegen lassen. Die Praxis bestärket vielleicht nicht an sehr vielen Orten des Herrn HOMMELS Meynung. Wenigstens misbilligen dieselbe BERLICH Part. V. Concl. 38. num. 62. CARPZOV *Prax. Crim.* Quæst. 68. num. 76. und *Jurisprud. Consist.* Lib. II. Def. 232. num. 2. 3. VOET ad ff. Tit. ad L. *Juliam de adulteriis coercendis* §. 4. LAUTERBACH *C. J. P.* d. Tit. §. 44. LEYSER Spec. 583. Med. 23. 24. Herr J. S. BOEHMER ad *Carpzov.* Quæst. 68. Obs. 9. und mehrere.

Zugabe

Zugabe
zu dieser rechtlichen Bedenken
I. Theil.

Zum VIII. Bedenken.

In Sachen der Stift-Hildesheimischen Hof-Cammer und Stadt Bokenem wider die Herren von Steinberg ist durch des Kayserlichen Cammergerichts-Urthel vom 8ten October 1762. das Frankfurtische von 1742., mithin auch dieses Bedenken gebilliget. S. Herr B. v. CRAMER Wetzlarische Neben-Stunden P. XXXIV.

Zum XLII. Bedenken.

In Sachen Becker wider Tielebahr wurde die Urtel vom 17ten Febr. 1760. am 27sten April 1767. von Königl. Justitz-Canzley reformiret, und es bey dem Erkenntnis vom 18ten Decemb. 1758. gelassen.

Zum XLV. Bedenken.

Den Spruch der Königl. Hannöverschen Justitz-Canley in Sachen Winckler wider Jacobi hat die Helmstädtische Juristen Facultät aus folgenden Ursachen bestätiget: "Dieweil Implorant und Supplicant in actis selbst eingestehet, daß die angemassete Auslehrung der Scheure zu Völksen zum Behuf derer von dem Amt Springe zu beschaffenden Fourage-Lieferungen, und weil derozeit fast überall kein Heu mehr für Geld zu haben gewesen, mithin das Amt Springe auf eine andere Art den Französischen Anforderungen hierin kein Genügen hätte lei-

sten können, geschehen. Nach diesem selbst eigenen des Supplicanten Geständnis aber, die blos gegen die Person des Imploraten und Supplicaten angestellete Indemnisations-Klage keinen Platz greifen kann, als eines Theils derselbe das ganze Amt Springe für seine Person nicht repräsentiret, sondern selbigem noch mehrere Beamte, besage der Acten, vorgesetzet sind, andern Theils aber die quæstionirte Verfügung nicht nur aus dringender Noth, sondern lediglich Amts halber gemachet werden müssen, in welchem Fall dergleichen Klage eine blosse Actio subsidiaria, und nicht anders Statt hat, als wenn die Obrigkeitliche Person, gegen welche solche gerichtet ist, mit Beysetzung seiner obhabenden Pflichten, Dolum vel culpam zu Schulden kommen lassen.

L. 1. pr. ff. de Magistratibus conveniendis.

L. 4. §. 7. ff. de Damno infecto.

Bœhmer de Actionibus Sect. 2. c. 11. §. 9.

Leyser Spec. 680. Med. 5. 6. 7.

Alias enim, qui licite damnum alicui infert, eo nomine non tenetur.

L. 24. §. 1. L. 26. ff. de Damno infecto.„

Zum L. Bedenken.

Die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley erkandte diesem Bedenken gemäs am 7ten Febr. 1759. also: In Sachen des Klenkischen gemeinschaftlichen Mandatarii Creditorum Advocati Maurer an einem, entgegen und wider den Anwald des Amts Calenberg Imploraten am andern Theil, erkennen Königl. ꝛc. für Recht: „Nachdemmalen dem Amt Calenberg das Exercitium Jurisdictionis criminalis auf den adelichen Klenkischen Hofe zu Langreder, als welche allein Königl. Justitz Canzley zuständig ist, nicht competiret, einfolglich dasselbe so wenig eine Visitation auf gedachtem adelichen Hofe durch den Vogt Westphalen anstellen lassen, als wenig den Mühlenknecht daselbst arretiren, und an das Amt bringen lassen können, als wird besagtem Amt nicht allein dieses widerrechtliche Verfahren hiemit verwiesen, sondern auch demselben bedeutet, in Zukunft dergleichen Beeinträchtigungen sich zu enthalten; wie wir also erkennen, die Proceßkosten aber gegen einander vergleichen V. R. W. Dieses Erkenntnis hat das Königl. Ober-Appellations-Gericht 1762. bestätiget.

Zum

Zum LXXIV. Bedenken.

In Sachen Fischer wider die Königl. Krieges-Canzley, sodann des Zeugmeisters Mehlbaum hinterlassene Wittwe Litisdenunciatin hat die Jenaische Juristen Facultät es 1761. bey dem verhängten Arrest gelassen mit Anführung folgender Gründe: „Hiernächst Klägers zweyte und dritte Supplications-Beschwerden betreffend, ein jeder, welcher auf des andern Vermögen wegen nicht völlig liquider Anforderungen Arrest erlangen will, der Entschädigung halber sowohl, als dem Arrestanten hinlänglichen Vorstand zu leisten hat.

Chur-Braunschweigische Landes-Ordnungen Part. II. C. 2.

und in gegenwärtigem Fall Litisdenunciant einen nicht geringen Verdacht, als ob der von ihm zum Grund gelegte Mehlbaumsche Schein ein blosser Abschlagschein, mithin unter den von der Königl. Krieges Canzley im Jahr 1740. bezahlten über 700 Stück Gewehr von dem Obrist-Lieutenant Knopf ausgestelleten Haupt-Lieferungs Schein begriffen sey, gegen sich hat, folglich der Leistung des ihm zuerkandten Vorstandes sich nicht entbrechen kann, wie denn auch noch zur Zeit die Litisdenunciatin mit Beyfall der Rechte nicht verdammet werden mag, sondern Klägere selbige zuforderst besonders belangen, und sie dargegen mit ihrer rechtlichen Nothdurft gehöret werden muß; Uebrigens der Litisdenunciatin Supplications-Beschwerde unerheblich ist, in mehrerem Betracht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ohne vorherige Bescheinigung einer Läsion, und einer in den Rechten gegründeten Ursach nicht Statt hat, beydes aber von der Supplicantin noch zur Zeit nicht beygebracht worden, allenfalls, wann auch dergleichen würklich geschehen, und solchergestalt die Supplicantin in den vorigen Stand gesetzet werden könnte, dennoch der Arrest nicht sogleich aufzuheben seyn würde, da die Litisdenunciatin, daß das Haus, wovon die Kaufgelder mit Arrest beleget worden, von ihrem vormaligen Ehe-Consorten, dem Zeugschreiber Mehlbaum herkomme, nicht ableugnet, und deren Illaten annoch unbescheiniget sind, folglich wann sie ihres Mannes oder dessen Kinder Erbin nicht wird, vor Bescheinigung ihrer Illaten, und daß diese die Erbschafts Masse absorbiren, an denen mit Arrest belegten Geldern eines Rechts sich nicht anzumassen hat; Aus diesem allen aber die Unerheblichkeit der beyderseitigen Supplications Beschwerden sich veroffenbaret, und dieserhalb das vorige Erkenntnis zu bestätigen, jedoch die aufgelaufene Unkosten, in Betracht Kläger einen ziemlichen Schein Rechtens vor sich hat, und in Ansehung der Litisdenunciatin von beyden Theilen die Supplication eingewandt worden, stillschweigend gegen einander zu ver-

gleichen und aufzuheben gewesen, so ist demnach, wie im Urtel enthalten, billig erkandt worden.„

Zum LXXXII. Bedenken.

In Sachen Schädler wider Cleve und Saltzenberg erkandte die Königl. Hannöversche Justitz-Canzley 1759: „Daß Kläger nicht gehalten, dem Intervenienten allen erlittenen Kriegesschaden zu ersetzen, sondern ihm nur eine proportionirliche Remission des Pachtgeldes angedeihen zu lassen. Würde nun dieser, wie er zu thun schuldig, binnen 4 Wochen, als einer dazu anberahmten Präjudicial-Frist, specifice und dergestalt, wie er es mittelst Eydes zu erhärten sich getrauet, designiren, was währender Französischer Occupation der Stadt Göttingen der Wein-Bier- und Brandteweinsschank demselben eingebracht, auch welche Zimmer, und wie lange solche von den Einquartierten besetzet worden, und was ihm dafür gebühret, so ergehet alsdenn wegen Bestimmung des Quanti remittendi was Rechtens, wie wir also resp. absolviren, schuldig erkennen, und præfigiren, den Punctum Expensarum aber bis zu der Sache Endschaft aussetzen.„ Die Rintelsche Juristen-Facultät bestätigte diesen Spruch 1760. folgender Ursachen halber: „Dieweil aber doch Kläger nichts dawider hat, dem Intervenienten einen billigmässigen Pacht-Nachlaß, in Betracht der ihm durch die Krieges-Unruhen entgangenen freyen Haus-Benutzungen, zuzugestehen, und die unter beyden Theilen obschwebende Zwistigkeit hauptsächlich nur auf die Berechnung der an sich ohngeweigerten Abkürzung der Pachtgelder, und auf die Erstattung der von Intervenienten weiter auf 153 Thlr. 3 gr. 4 pf.

Num. act. 8.

angeschlagenen während der Französischen Einquartirung erlittenen Beschädigung und gehabten Auslagen hinaus gehet, bey genauer Erwägung der vorstehenden Zweifels-Gründe aber sich ad 1) so viel ergiebet, daß die angebliche Verbindlichkeit des Klägers weder auf das Natur- und positiv-Recht in thesi, noch auf den hier zum Grunde liegenden Pacht-Contract in hypothesi sich stütze, allermassen (a) das natürliche Recht keine andere Quellen der Entschädigungs-Pflicht kennet, als die aus eigenen Beleidigungen, Theilnehmungen an fremden beleidigenden Handlungen, oder willkührlichen Versprechungen vor fremde Facta, auch den Hazard haften zu wollen, entspringet, wovon die beyden ersten hier nicht zutreffen, letzterer Fall aber von einem Verpächter nicht zu vermuthen, oder zu glauben stehet, daß er gegen die natürliche Regul, quod casum sentiat dominus,

nus, auch den an des Pächters eigenen Sachen zugefügten Schaden, und dem Mangel eines gehoften Vortheils auf seine Rechnung nehmen wollen, bevorab in solchen Fällen, in welchen, wenn er auch schon dazu geneigt wäre, doch die Würklichkeit der Beschädigung abzuwenden, nicht einmal in seiner Macht gestanden

Grotius de Jure belli & pacis L. 2. C. 12. §. 18.

daher dem Pächter zur Last fällt, daß er eine, von der gewöhnlichen Art der Menschen untereinander zu handeln sehr abweichende Bedingung sich nicht ausdrücklich versprechen lassen, nun aber, da solches nicht geschehen, und er vielleicht zur Zeit des Contracts nicht einmal daran gedacht, oder wegen der in dasigen Gegenden seit geraumer Zeit unbekannten Krieges-Unruhen zu denken Ursach gehabt hat, den Verpächter ad non promissa, ja ad non cogitata zu verpflichten, und ihm die Ersetzung eines Schadens, davon er weder Causa immediata, noch mediata und moralis ist, aufzubürden, das Natur-Recht keinesweges erlaubet, eben wenig der von Intervenienten angeführte Grund, als ob er durch die in Rechnung gebrachte Unkosten gleichsam des Verpächters Negotiorum gestor gewesen, und dieserwegen auf die Schadens-Ersetzung zu bestehen befugt sey, seinen Ausspruch bestärket, weil dergleichen Gefälligkeiten und Nichtversagung des Hausgeräths mehr aus der in solchen Fällen vordringenden Selbstliebe, und der Besorgnis sich selbst Verlust und Schaden zuzuziehen, ihren Ursprung zu nehmen, als des Locatoris Nutzen zu beziehlen pflegen (b); Die gemeinen Rechte dergleichen Forderung eben wenig unterstützen, vielmehr der

L. 8. C. Locati.

auf bonam fidem in determinatione quanti remittendi gesehen wissen will, und der

L. 33. Locati.

entscheidend verordnet:

Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debetis

welches in

L. 35. eod.

auch auf die nöthige Reparationen und dadurch verursachte Entbehrung eines Theils der gemietheten Wohnung ausgedehnet. Der Grund, warum auf kein

Interesse

Interesse zu bringen, bestunde abermahls darin, daß dieser Abgang ohne des Verpächters Verschulden geschehen. Daher auch der Umstand, si prohibeatur frui ab eo, quem dominus prohibere poterit, von Paulo in

L. 24. §. 4. d. t.

als eine zur Begründung Actionis conducti nöthige Bedingung angegeben wird, und auf diese Art die Worte des

L. 15. §. 1. in fine d. t.

gesetzmässig zu erklären, und in Ansehung der Præstationis ejus quod interest, so einzuschränken sind, wie es die Worte des

L. 15. §. 7. Loc.

mit sich bringen:

Ubicunque autem remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id, quod sua interest; conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata

und ob zwar nicht zu läugnen, daß die Prædia rustica eigentlich den Gegenstand des ganzen L. 15. ausmachen, gleichwohl daß sich ein gleiches von den Prædiis urbanis behaupten lasse, theils aus der Aehnlichkeit, welche die Gesetze in andern Fällen in Ansehung beyder Art der Verpachtungen beobachten,

L. 27. pr. Loc. juncta L. 25. Tit. eod. verb. alioquin modicum

zu schliessen, theils aus der Uebereinstimmung des Grundes, worauf die Entscheidungen bemeldten Legis 15. beruhen, natürlicher Weise fliesset, indem sowohl bey Prædiis rusticis als urbanis sich der Locator zu nichts weiter verbindet, als rem habilem ad usum zu præstiren, ob hingegen der Conductor mehr oder mindere Früchte seiner Pacht geniesse, unbekümmert bleibt, solchemnach daß der Verpächter in dem einen Fall Usum, in dem andern Spem, vermiethen wollen, eine Auslegung ist, die aus denen wesentlichen und natürlichen Bestimmungen des Pacht-Contracts nicht abzunehmen stehet, am allerwenigsten aber dem Intervenienten zu einigem Vortheil gereichen würde, wenn man auch derselben Beyfall geben wollte, indem bey einer Wirthshauß-Pacht gewissermassen eben soviel Spes lucri incerti, welches sich von der mehrern oder mindern Zahl der Gäste, deren Aufwand und fertigen Zahlung, nach den local- und Zeit-Umständen erwarten lässet, in Rechnung kömt, als bey einem Landpacht, die obwohl vielen Unglücksfällen blosgestellte Hofnung einer einträglichen Erndte beäuget wird, und daß die Hofnung des Gewinnstes bey der Pacht der London-

Schenke

Schenke nicht vorzüglich in Betracht gezogen seyn sollte, sich in Rück sicht auf die bekannte Erfahrung, daß dergleichen Wirthschafts-Gerechtigkeit an allen weitläuftigen und viel besuchten Orten den Anschlag merklich zu vermehren pflegen, gar nicht zu glauben stehet; Gleicher Weise der angenommene Satz, ob von dem Intervenienten, weil er durch seine Auslagen und Herleihung seiner Meublen dem Kläger vielen Schaden an seinem Hause abgewendet hätte, qua negotiorum gestori die geforderte Entschädigung gebührte, vorstehende Gründe gar nicht entkräftet, indem bey der von dem französischen Heer bisher bewiesenen Mannszucht eine Ruinirung des Hauses, im Unterlassungsfall, nicht glaublich ist, allenfalls der Pächter wider solche der Kriegs-Raison zuwiderlaufende Unternehmungen mögliche Vorstellung thun müssen, indem einem solchen, nach der klaren Vorschrift des

L. 13. §. exercitus 7. Loc.

auf die Conservation des Hauses Bedacht zu nehmen oblieget, auch bey solchen Umständen obberührtermassen mehr propriam, als Locatoris utilitatem in seinem Betrag gegen die Krieges-Leute zu brauchen pfleget, derowegen das was Intervenienten die französische Officiers laut seinem Verzeichniß gekostet, der auf 40 Thlr. angeschlagene Abgang an Küchengeräth, Meublen ꝛc. die auf 15 Thlr. gerechnete Entwendungen von Zinnen und Zeuge ꝛc. unter die ihm als Domino der entwandten Sachen allein zur Last fallende schädliche Ereignungen gehöret, auf welche mit Rechte

L. 15. §. 2. Loc.

idemque dicendum (sc. damnum coloni esse) si exercitus præteriens per lasciviam aliquid abstulit.

ob analogiam gezogen werden mag, bey welcher Klarheit der Gesetze die in Sachen, wo sie etwas verordnen, unter dem Vorwand einer unrichtigen Vorstellung zu reformiren, weder der Parthey, noch dem Gerichte zustehet, der in der Exceptions-Schrift

Num. act. 6. p. 7. 8.

gemachte, und in duplicis

Num. actor. 30. p. 4.

mit mehreren behauptete Unterschied unter einem Casu fortuito und den Kriegesschaden von selbst wegfällt, indem jener nicht blos von der in

L. 25. §. 6. Loc.

erklärten Vi majori zu verstehen, sondern ex definitione Servii in

L. 15 §. 2. eod.

omnem vim, cui resisti non potest, ganz billig begreift, welches an Seiten des Locatoris privati allemal der Krieges-Schaden sowohl in Gefolg des

L. 18. Commod.

als seiner wahren Beschaffenheit nach wirklich ist, weil einzelne Unterthanen ein gar zu übertriebenes Vertrauen auf ihre wenige Kräfte setzen, wenn sie versuchen wollten, feindliche Vergewaltigungen durch die nach der jetzigen Krieges-Art unerlaubte und am Ende auf eine vanam sine viribus iram hinauslaufende Gegenwehr abzuwenden, die oftmals der Herr des Landes bey den besten Absichten vor sein Volk, und mit der grösten Wachsamkeit vor dessen Sicherheit nicht abkehren kann, mithin die Verordnungen der gemeinen Rechte mit der natürlichen Billigkeit ganz übereinstimmig sind, daß da der Kläger den Contract ab initio erfüllet, in progressu weder dolo, culpa noch mora den Pächter an dem Gebrauch gehindert hat, weder ihm die Exceptio implementi non secreti, noch die Obligatio ad præstandum id quod interest entgegen stehen, und aufgebürdet werden mag; Ferner (c) die im §. 7. des Contracts Num. act. 7. von dem Verpächter übernommene Onera nach der Natur der Sache und der glaubhaften intention der Contrahenten keine aus feindlichen Occupationen herrührige von dem Locatore selbst damals nicht vorausgesehene Onera beziehen; Ueberdem die Herleihung der Meublen ꝛc. nach dem französischen Reglement kein Onus reale seyn sollen, am wenigsten die Eviction des durch Entwendungen erlittenen Schadens dahin gehöret.

Hiernächst ad Gravamen 3) daß Verlust und Gewinn zusammen geschlagen, und dadurch zur Bestimmung, ob und wie viel Nachlaß dem Pächter gebühre, der Weg gebahnet werden müste, vorhin erwiesener massen eben sowohl Rechtens ist,

L. 8. C. Locati

als sich keine sittliche Unmöglichkeit in dessen Bewürkung antreffen lässet, indem z. E. das Quantum des eingelegten Weins aus den Licent-Registern zu nehmen, und wie hoch solcher ausgezapfet worden, Intervenient aus seinem Buch auch wissen kann, die leicht erachtliche Unannehmlichkeiten einer solchen Bemühung

hung aber, und der keinen Wirth zu verdenkende Wunsch, den genossenen Profit ohnentdecket zu lassen, von der Unmöglichkeit unterschieden werden muß, im übrigen, wie weit das Creditiren und die Schwierigkeit der Zahlung nebst dem, was durch die erforderliche Unkosten dem Profit abgehet, sich dereinst, wenn nur Intervenient dem Injuncto zuförderst ein Genügen gethan, auch auf alles, was nach der Natur der Sache in Betrachtung kommen kann, von dem hochlöblichen Judicio Rücksicht genommen, und das was die Billigkeit erfordert, zweifelsfrey arbitriret werden wird, jetzo aber dieses Anführen keinen Grund abgeben kann, Intervenienten von dem, wozu ihn die Leges verpflichten, zu entlasten.„

Zum LXXXIII. Bedenken.

In Sachen Matthäi contra die Stadt Hannover erkandte die Wittenbergische Juristen-Facultät 1760, „der dadurch erlittene Schade, daß der Kläger mit seinem Wagen und Pferden für die französische Soldaten Kriegesfuhren thun müssen, sey pro casu fortuito zu achten, den er als Eigenthümer des Fuhrwerks über sich gehen lassen müsse.„

Zum LXXXVI. Bedenken.

In selbigem ist bemerket, daß keine Hannöversche Verordnung Retorsiones jurium untersaget, und dieses hat seine Richtigkeit. Im Lüneburgischen darf sich aber deren niemand bedienen, und es heisset in den Cellischen gemeinen Bescheiden von 1686 Art. 20. „Sollen alle und jede Advokaten, Procuratores, auch Partheyen selbst sich aller Retorsionen in Schriften und Worten gänzlich enthalten, die Procuratores auch solche Schriften nicht annehmen und unterschreiben, vielweniger gerichtlich produciren, bey Strafe 4 bis 10 Thlr., besondern dieselbe sobald wieder zurückgeben, und die Advocaten oder Principalen dieser Verordnung und Poenal-Verbots erinnern.„

Zum CXXXIII. Bedenken.

In Sachen Ludewig wider Hinüber hat die Rostocksche Juristen-Facultät diesem Bedenken also Beyfall gegeben: „Es ist 1) nach den Römischen Rechten nicht zu läugnen, daß das Juramentum suppletorium, licet semiplene probatum sit, keinen Statt findet.

Donellus Comment. Jur. Civ. Lib. 24. C. II.

Faber Conject. Lib. 19. C. I.

Meierus Colleg. jur. Argent. Tit. de Probationibus n. 3.

Wiſſenbach Comment. ad pandect. Diſp. 24. §. 24.

anerwogen 2) jene Rechte eigentlich keine ſemiplenam probationem kennen

L. 9. §. 1. Cod. de Teſtibus L. 3. Cod. Theodos. de Fide Teſt.

Jac. Gothofredus in Comment. ad Cod. Theod. Tom. IV.

imgleichen 3) bekannt iſt, daß ein Zeuge kein Zeuge ſey

Vid. Amſel in Diſſ. de iſta paroemia

Demnächſt 4) in hypotheſi an den Auſſagen des Zeugen wegen der vorgängigen Durchleſung der vormaligen Geſchichts-Anzeige, nicht weniger auch ex capite perplexitatis ſeiner Depoſitionen bey dem quæſtionirten Interrogatorio allerley auszuſetzen ſtehet, welches 5) das Suppletorium ganz verwerflich zu machen ſcheinet

Si ulla ſuſpicio adverſus teſtem militat, aut ejus teſtimonium enervat, merito huic probationi nihil omnino fidei habetur

Faber in Cod. Lib. IV. Tit. I. Def. 4. n. 9.

Carpzov. Part. I. Conſt. 21. Def. 5. n. 2. & 3.

dahin 6) auch die vorſeyende Anverwandſchaft, da er der Klägerin Mutter Bruder iſt, billig zu rechnen

Cavendum eſt in decernendo ſuppletorio teſtimonium hominum ob neceſſitudinem ſuſpectorum Heineccius de Lubricitate Juramenti Suppletorii §. 22. in Syllog. Opuſc.

Zu geſchweigen daß 7) die 1000 Thlr. N. $\frac{2}{3}$ cum ſua cauſa keine Summa modica zu nennen, folglich ebenfalls ex hoc capite der Erfüllungs-Eid keine Statt fünde

Heineccius d. l. §. 21.

Mynſinger Lib. I. Obſ. 61. Lib. 4. Obſ. 4.

J. S Stryk in Diſſ. de Cauſis juramentum ſuppletorium reſpuentibus §. penult.

Erwäget man aber dagegen, daß 8) die Auſſage des H. B. ſonſt ganz adequat ſey; er auch

9) die

9) die Articul nicht durchgängig bejahe, und desfalls um so weniger ein Verdacht der Partheylichkeit auf ihn falle;

Ferner 10) nirgend in den Gesetzen, die sogar des Fratris testimonium nicht einmal expresse verwerfen, versehen, daß der Mutter Bruder nicht zugelassen werden solle,

Gleich denn auch 11) der so sehr urgirte Umstand der Deposition ad interrogatoria in substantialibus nichts verändert, sondern die Undeutlichkeit aus Vermengung der Personen entspringet;

Wozu 12) noch fürnemlich dieses kömt, daß verschiedene triftige Adminiculantia concurriren, die alles sehr erläutern und bestärken

Denn so hat 13) das Zeugnis des Hof-Juweliers allerdings einiges Gewicht, sintemal er nullo casu bey der Sache etwas zu risquiren hat, und 14) stimmen die originaliter beygelegte Briefe, unter denen einen selbst der Erblasser eigenhändig gesetzet, daß er beantwortet sey, damit zu.

Nimt man nun diese Adminiculantia zusammen, und betrachtet, daß 15) eine Causa ardua nur diejenige heisse, in qua de universa substantia vel maxima bonorum parte contenditur

J. H. Bœhmer in Diss. de causis arduis & majoribus C. 1. §. 12. 13. 14. 22.

add. Zanger in Tr. de Exceptionibus C. I. Part. I. not. 53.

welches in hypothesi eben so wenig zutrift, als 16) in praxi in Zweifel gezogen werden mag, quod semiplena probatio juramentum suppletorium operetur

Heineccius in cit. Dissert. §. 20. Mevius Part VII. Dec. 375. & 16)

So lieget auch 17) sonnenklar am Tage, daß es bey dem in der Sententia contra quam erkandten Erfüllungs-Eyde sein Bewenden behalten müsse.„

Zum CXLII. Bedenken.

Einen diesem Bedenken gemässen Rechtsspruch der Königl. Hannöverschen Justiz-Canzley von 1760. hat die Jenaische Juristen-Facultät im Jahr 1761. also gebilliget: „Obwohl Supplicant anführet, daß 1) von der Supplicatin nebst ihrem Ehemann, besage des zu den Acten gebrachten unter eydlicher

Renunciation ausgestelleten bündigen Reverses, daß in während ihrer Ehe gebohrne Kind für ihr rechtmässig eheliches Kind erkennet, und zu gleich von ersterer, wie es, daß er Supplicant, mit der Supplicatin in Unehren gelebet, und von solchem Beyschlaf sothanes Kind empfangen, falsch und nicht andem sey, declariret worden; dergleichen Agnition eines Kindes aber 2) die Verbindlichkeit, dasselbe zu ernähren, mit sich bringe, und hingegen 3) der Supplicaten Angeben wegen der ohnedem für ein in rechtmäßiger Ehe zur Welt gekommenes Kind streitenden rechtlichen Vermuthung, weder ihrem Kinde, noch einem Dritten nachtheilig seyn könne, mithin 4) der Supplicatin Ehemann der Unterhaltung des Kindes sich zu entziehen keinesweges berechtiget, sondern dazu von der Obrigkeit anzuhalten sey; Allenfalls aber 5), dafern ein Dritter zur Alimentation sich verbindlich gemachet hätte, nicht der Supplicatin, sondern ihrem Ehemann das Recht, denselben zu belangen, zustehe, und solchergestalt 6) der Grund, warum man, da Supplicatin den ihr anfänglich zuerkandten Beweis nicht zu führen vermogt, ihm, Supplicanten auf den ihm zugeschobenen Eyd sich zu erklären auferlegen können, sich nicht einsehen lasse; gestalten 7) aus der Armuth, darauf sich Supplicatin berufet, ein Recht, etwas widerrechtlich von jemand fordern zu können keinesweges hergeleitet werden möge, bevorab, da 8) dasjenige, was er, Supplicant in dem ihm abgeforderten Eyd abschwören solle, durch der Supplicatin und ihres Ehemanns Bekennung bereits hinlänglich erwiesen sey; aus diesen Gründen aber endlich 9) von dem Supplicanten, daß das vorige Erkenntniß beschwerend, mithin abzuändern, und also die Eydes-Delation für unstatthaft zu erklären sey, gefolgert werden will.

Dennoch aber und dieweil es in dieser Rechts-Sache anjetzo darauf ankömmt, ob der in der Klage gebrauchten Eydes-Delation das vom Supplicanten zu den Acten gebrachte Notariats-Instrument, darin die Supplicatin und ihr Ehemann, das von ersterer in der Ehe gebohrne Kind vor ihr rechtmässiges ehrliches Kind anerkennet haben, im Wege stehe? und denn, daß dergleichen Bekänntniß dem Kinde an den gegen seinen Erzeuger habenden Rechten nicht nachtheilig seyn könne, ausser Zweifel beruhet, indem niemand durch sein Geständniß einem Dritten seine Befugniß zu nehmen berechtiget ist, folglich obgleich in jetzt gedachtem Notariat-Document die Supplicatin und ihr Ehemann das Kind, in dessen Namen geklaget wird, vor ihr ehrliches Kind erkannt haben, dennoch dadurch diesem Kinde sein an Supplicanten habendes Recht nicht entzogen werden können, und also demselben die Befugniß den Supplicanten den in der Klage enthaltenen Eyd zu deferiren, des Documents

ungeach-

ungeachtet, allerdings annoch offen stehet, solche ihm auch um so weniger verfaget werden mag, da das Bekänntniß seiner Eltern in der Masse, wie solches geschehen, den Verdacht wider Supplicanten, daß er sein des Kindes Erzeuger sey, an die Hand giebet, indem von einem an der Schwängerung einer Dirne ganz unschuldigen, daß er dergleichen Document, als das n. act. 4. befindliche ist, sich ausstellen lasse, nicht vermuthet werden mag, gestalten andere keinen Verdacht erregende rechtliche Mittel, dadurch eine unrechtmässiger Anschuldigungen sich unterfangende Dirne zum Stillschweigen gebracht werden kann, vorhanden sind, mithin man von einem jeden, daß er bey habender Ueberzeugung von seiner Unschuld das sicherste Mittel andern ihn nicht völlig sicher stellenden Mitteln vorziehen werde, mit gutem Grunde zu präsumiren hat; daneben auch, daß Schwängerer vielfältig durch dergleichen Bekänntnisse, als das vom Supplicanten producirte ist, lediglich gegen Untersuchungen und Civil-Klagen sich zu bewahren suchen, aus der Erfahrung zur Gnüge bekannt ist, aus diesen Gründen aber, daß durch mehrgedachtes Document dasjenige, was Supplicant abschwören soll, keinesweges erwiesen sey, sich sattsam veroffenbaret, mithin Supplicantens Einwurf, als ob durch den Eyd etwas, so bereits klar und gewiß sey, daraethan werden solle, folgbar der Eyd für unstatthaft zu achten sey, gänzlich hinwegfällt; So viel hingegen die Zweifelsgründe angehet, ad 1) & 2) diese Sätze auf gegenwärtigen Rechtshandel sich um deswillen, weil bey dem im Notariat-Instrument enthaltenen Negotio, daß es ein simulirtes Werk sey, ein nicht geringer Verdacht vorkömt, auch in dem impugnirten Erkänntniß, daß Supplicatin und ihr Ehemann das Kind zu ernähren unvermögend sind, vorausgesetzet wird, sich nicht anwenden lasse; ad 3) das Angeben der Supplicatin eines Theils ihrem Kinde nicht zum Nachtheil gereichet, andern Theils dasselbe unter den bey dieser Rechtssache sich findenden Umständen in Ansehung des Supplicanten allerdings nicht ohne Wirkung ist; ad 4) diese Einrede, da die Supplicatin und ihr Ehemann den Unterhalt des Kindes nicht bestreiten können, ebenermassen unerheblich ist; ad 5) daß nach den Rechten im Namen des Kindes gegen den Erzeuger desselben auf Unterhalt geklaget, und dieser, ob er sich gleich nicht durch ein Versprechen diesfalls anheischig gemachet, dazu angehalten werden könne, ausser Zweifel beruhet; ad 6) die vorhin auf Beweis gerichtete Sentenz ihre Rechtskraft nicht erlanget, sondern die Supplicatin dawider sich der Supplication bedienet hat, das hohe Collegium auch dazu, daß es den Eyd in dem neuen Spruch dem Supplicanten auferleget, hinlänglichen Grund gehabt, in Erwegung, daß von der Supplicatin in der Supplications-Instanz die Erklärung dahin, daß nicht

sie,

sie, sondern das Kind klage, geschehen, zugleich auch von ihr, daß ihr Anwald Namens des Kindes, und als Vormund desselben die Klage fortsetzen möge, verlanget worden ist; ad 7) die Armuth zwar niemanden etwas Widerrechtliches zu suchen berechtigen mag, jedoch aber bey solchen Anträgen, die eine Armuth, wie im gegenwärtigen Fall, voraussetzen, unstreitig ein Recht, das man sonst ohne vor sich habende Armuth nicht würde brauchen können, darreichet; ad 8) dasjenige, was Supplicant abschwören soll, keinesweges, wie aus vorstehenden Entscheidungsgründen erhellet, durch das Notariat-Instrument erwiesen ist; hieraus aber endlich 9) daß Supplicant durch den vorigen Spruch keinesweges beschweret sey, vor Augen lieget, folglich dessen Abänderungs-Suchen in dieser Sentenz nicht zu fügen, sondern vielmehr das angefochtene Erkänntniß zu bestätigen, Supplicant auch, da er keine zu Recht bestehende Gründe vor sich hat, zur Erstattung der Unkosten zu vertheilen gewesen, so ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkandt worden.„

Zugabe

zu

des III. Theils XCVII. Bedenken.

Das daselbst angeführte Erkänntniß ist von der Giessischen Juristen-Facultät 1768. bestätiget mit Anführung folgender Gründe: „Es hat seine ausgemachte Richtigkeit, daß in den Braunschweig-Lüneburgischen Landen bis in das 15te Jahrhundert, ausser den Stadtrechten und Rechtsbelehrungen der Oberhöfe, keine andere Rechte im Gebrauch gewesen, als das Sächsische Landrecht, Weichbild und Lehnrecht,

Grupen in Obſerv. Obſ. 30.

und obgleich nachher selbiges durch landesherrliche Verordnungen, welche sich zum Theil

ap. Pufendorf Proc. Civ. P. III. C. 22. §. 18. seq.

angemerket befinden, abgeschaft worden, dennoch eine jede Rechtsverfügung, welche sich nachher aus demselbigen noch, als ein gültiges Gewohnheitsrecht, im Gebrauch erhalten hat, billig auch daher erkläret werden muß.

Ea enim, quæ ſunt reliquiæ juris antiquioribus temporibus uſitati, non poſſunt non referri ad fontem, ex quo profluxerunt, & ex ſuis principiis explicari.

Eckhard in Hermen. Jur. Lib. 2. C. 1. §. 45.

Nun aber nicht weniger 2) als gewiß angenommen werden kann, daß nicht allein dasjenige jus optionis minoris natu, welches durch die Deutſche Sächſiſche Rechtsparömie Major dividit, minor eligit, ausgedruckt, und nicht bloß auf die Erben der abſteigenden Linie eingeſchränkt wird; ſondern auch dasjenige, wodurch der jüngſte Sohn zum ſogenannten Kührerben beſtimmet iſt, ſeu jus illud conſuetudinarium, quo filio juniori debetur poſſeſſio bonorum paternorum vel omnium, vel in ſpecie tantum ædium paternarum; ſive jus, aut eligendi retinendive bona ædesve & coheredibus ſatisfaciendi in pecunia, aut, iis coheredi venditis, una cum portione ſua de pretio certam pecuniæ ſummam ſibi ſtipulandi (Kührgeld), quam præ aliis heredibus, tanquam pro jure optionis præcipuam habet, welches lediglich nur auf die Deſcendenz des Verſtorbenen ſich einſchränkt, und im eigentlichen Verſtand das Kührrecht genannt wird, dergleichen in dem Fürſtenthum Grubenhagen, in Abſicht des väterlichen Hauſes, hergebracht iſt, ſo wie hingegen von der erſt n Art ſich die deutlichſten Spuren auch in einigen Stadtrechten der Chur-Hannöverſchen Lande

ap. Pufendorf in O. I. Tom. I.

antreffen laſſen, urſprünglich aus dem gemeinen Sachſen-Recht, obwohlen letzteres zugleich mehr per conſuetudinem, und zwar aus

Land-R. Lib. III. art. 29.

Weichbild art. 26.

herſtammet;

Wobey 3) noch vorauszuſetzen iſt, daß auch jenes erſtere Theilungs-Kührrecht nach den neuern Chur-Sächſiſchen Geſetzen, beſonders Churfürſts Auguſts

P. III. Conſt. 15.

in

in verschiedenen Stücken abgeändert worden, und es sowohl der Natur der Sache, als der Auslegung zuwider sey, die Beschaffenheit des eigentlichen und Erbkührrechts, so wie es in Grubenhagen vi actorum & decreti relevantiæ Königl. Justitz-Canzley vom 12ten Dec. 1765. mit leidiglicher Einschränkung auf das väterliche Haus, noch im Gebrauch ist, non obstante diversitate rationis, nach den Reguln des auf die Güther überhaupt oder mehrere Prædia gehenden juris optionis consuetudinarii, oder der Theilungsköhr, oder gar deren neuere Beschaffenheit in Chur-Sachsen, wie der Implorantische Schriftsteller irrigerweise gethan hat, bestimmen zu wollen, anerwogen selbst in Sachsen die Theilungsköhr und das Kührrecht ganz verschiedentlich beurtheilet werden.

Carpzov. P. III. Const. 15. Def. 25.

Welchem zufolge 4) die erstangeführte Zweifel und Beschwerden des Imploranten sich leichtlich heben lassen, massen ad 1) da die angeführte Rechtslehrer bloß nur von dem jure optandi Saxonico minorum natu in divisione hereditatum reden, selbige theils nichts Sachdienliches enthalten, theils eben darinnen eine Abweichung von dem alten Sachsenrecht mit lieget, quod facultas transmittendi ad heredes jure noviori ademta sit.

Schaumburg ad Struv. L. II. Tit. 32. §. 2.

ohne zu gedenken, daß im Fall der jüngste Sohn vor dem Vater gestorben, ut in casu substrato, alsdenn

Carpzov l. c. Def. 15.

Berlich. P. III. Concl. 21. n. 56.

Transmissionem juris optionis in nepotes selbst zugestehen: hingegen bey dem hier in Frage seyenden Kührrecht es den Grundsätzen des teutschen Rechts, nach welchem die Kinder noch bey Lebzeiten des Vaters in einem stillschweigenden Gesamteigenthum derer Grundstücke sich mit demselben befanden, und selbst den Besitz derselben ipso jure nach dessen Ableben auf sich übertrugen, völlig gemäß ist, daß der jüngste vor dem Vater sterbende und mehrentheils noch unversorgte Sohn sein jus eligendi radicatum auf seine die Unterstützung noch nöthiger habende Söhne vererbe, diese Vererbung auch schon daraus, daß das Kührrecht mit dem Nahmen des Eigenthums selbst belegt wird, sich gnugsam ergiebet, somit

die

die Gründe des Relevanz-Bescheides vom 12ten Dec. 1765. ihre unläugbare Richtigkeit haben; wie denn auch

ad 2) die Annehmung des Meyerhofes der Sache keine Aenderung macht, indem Implorant

Act. Canc. Nr. 13. & 32.

doch selbst eingestehet, daß das Grubenhagische Kührrecht zum Unterschied das juris optionis Saxonici allein das väterliche Haus angehe, mithin durch die Annehmung des Meyerhofes keinesweges genommen oder ausgeübet worden ist

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Strube, David Georg,

David Georg Struben Königl. Großbritannischen und Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Vicekanzlers Rechtliche Bedenken

Bd.: 3

Darmstadt 1788

Bamberg, Staatsbibliothek -- .1 D 13
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11394927-3
VD18 12005207